

IL CONTROLLO ANALOGO OLTRE I SUOI CONFINI: EFFETTIVITÀ DEL CONTROLLO, AUTONOMIA GESTORIA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ NELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

Similar control beyond its boundaries: effective supervision, managerial autonomy and liability in in-house companies

REMO MORZENTI PELLEGRINI

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Bergamo

Abstract [It]: Il contributo indaga il limite funzionale del controllo analogo nelle società *in house*, muovendo dalla più recente giurisprudenza che, pur confermandone l'intensità, ne esclude la ricostruzione in termini di subordinazione gerarchica. L'analisi si concentra sulle ipotesi in cui statuti, patti parasociali o regolamenti sottopongono a parere preventivo vincolante singoli atti di gestione corrente, con il rischio di trasformare la funzione di indirizzo e vigilanza in compartecipazione alla gestione. Il problema viene esaminato alla luce del diritto eurounitario, dell'art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016, delle regole codicistiche sulla competenza gestoria e sulla direzione e coordinamento, della disciplina dei servizi pubblici locali e della responsabilità amministrativo-contabile, come modificata dalla legge n. 1 del 2026. La tesi proposta è che l'effettività del controllo analogo non si misuri attraverso la quantità degli atti assoggettati ad autorizzazione, bensì attraverso la capacità degli enti soci di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, preservando al contempo una sfera di gestione responsabile degli amministratori.

Abstract [En]: *The paper examines the functional boundaries of similar control in Italian in-house companies. Starting from recent case law rejecting a hierarchical understanding of the relationship between public shareholders and the controlled company, it focuses on arrangements requiring prior binding opinions on individual day-to-day management decisions. The analysis considers EU law, Legislative Decree No. 175/2016, corporate rules on directors' managerial powers and direction and coordination, the regulation of local public services, and public accounting liability as amended in 2026. The paper argues that effective similar control should be assessed by the public shareholders' capacity to exercise decisive influence over strategic objectives and significant decisions, rather than by the number of individual management acts subject to prior authorisation.*

Parole chiave: controllo analogo; società *in house*; autonomia gestoria; direzione e coordinamento; responsabilità erariale; servizi pubblici locali.

Keywords: *in-house providing; similar control; corporate governance; direction and coordination; public accounting liability; local public services.*

SOMMARIO: 1. Il controllo analogo nell'evoluzione dell'*in house providing*: matrice eurounitaria, positivizzazione e persistente problema della sua natura. - 2. Intensità del controllo e autonomia societaria: dalla ricostruzione gerarchica al criterio delle decisioni significative. - 3. Il confine tra controllo analogo e gestione societaria: autonomia degli amministratori, direzione e coordinamento e partecipazione alla decisione. - 3.1. I pareri preventivi vincolanti e la trasformazione del controllo in partecipazione alla decisione. - 3.2. Controllo sulla società e governo del servizio pubblico: la

necessaria distinzione dei piani. - **4.** Il superamento del limite funzionale del controllo: imputazione della decisione e profili di responsabilità. - **5.** Le ricadute sul modello organizzativo dell'*in house*: verso una graduazione funzionale degli strumenti di controllo. - **6.** Considerazioni conclusive: effettività del controllo e autonomia della gestione alla ricerca di un punto di equilibrio.

1. Il controllo analogo nell'evoluzione dell'*in house providing*: matrice eurounitaria, positivizzazione e persistente problema della sua natura.

Il controllo analogo costituisce il tratto che più chiaramente distingue l'*in house providing* dall'ordinario affidamento contrattuale a un soggetto terzo. La sua origine giurisprudenziale è nota: la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Teckal*, ha individuato la possibilità di sottrarre l'affidamento alle regole concorrenziali quando l'amministrazione eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte essenziale della propria attività con l'ente o gli enti controllanti. La formula, proprio perché nata per delimitare l'eccezione all'obbligo di gara, ha a lungo concentrato l'attenzione sul grado di dipendenza dell'organismo dall'amministrazione. Meno indagato è rimasto il problema inverso: se esista un limite oltre il quale l'intensità del controllo cessa di qualificare l'*in house* e comincia a modificare la distribuzione delle competenze interne alla società¹.

La domanda non è puramente teorica. Nella prassi, il controllo analogo viene costruito attraverso una pluralità di fonti: clausole statutarie, convenzioni tra enti, patti parasociali, regolamenti interni, deliberazioni assembleari e atti di indirizzo. La stratificazione di tali strumenti, spesso formati in momenti diversi, può produrre un assetto nel quale l'ente socio conserva prerogative nate quando la società era organizzativamente più debole o quando il quadro normativo era differente. Ne deriva il rischio che il controllo, anziché concentrarsi sugli obiettivi e sulle decisioni capaci di orientare l'attività societaria, si estenda progressivamente agli atti esecutivi, fino a richiedere autorizzazioni o pareri vincolanti per singoli affidamenti, assunzioni, incarichi e spese già ricomprese in programmi approvati.

È proprio questa possibile sovrapposizione tra controllo e gestione a riportare in primo piano la matrice amministrativistica dell'*in house providing*. Il controllo analogo, infatti, non rileva soltanto come deroga alle ordinarie regole di distribuzione delle competenze societarie, ma costituisce anzitutto

¹ Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, sulla quale la letteratura è sterminata. Sul percorso che conduce dalla costruzione pretoria alla disciplina positiva si v., tra gli altri, S. MONZANI, *L'affidamento in house providing e il richiamo alle origini euro-unitarie in nome delle prioritarie esigenze di semplificazione ed accelerazione funzionali alla ripresa economica dopo la crisi pandemica* (nota a Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023), in www.giustiziainsieme.it, 2022; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, spec. 3 ss. e 163 ss.; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018; nonché, per una trattazione a più voci che affronta congiuntamente i profili amministrativistici, societari e lavoristici, M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, *Le società in house*, Napoli, 2020. Per una ricostruzione critica delle oscillazioni che hanno accompagnato l'istituto nell'ordinamento interno si v., da ultimo, B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2023, 1283 ss.; nonché, per la qualificazione delle società *in house* quali persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa - impostazione contigua a quella accolta nel testo - G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 3/2020, I, 456 ss. Da ultimo, per una ricognizione aggiornata, E. PISCINO, *Le società in house nel diritto amministrativo italiano: evoluzione normativa, controllo analogo e sostenibilità gestionale*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 3/2026, 235 ss.

il presupposto che consente all'amministrazione di ricorrere all'autoproduzione in luogo del mercato, mantenendo sull'organismo affidatario un'influenza determinante. La sua intensità trova, dunque, fondamento nella peculiare relazione organizzativa che lega l'ente alla società; ma è proprio tale fondamento a porre il problema dei suoi limiti. Se il controllo deve essere sufficientemente penetrante da giustificare l'affidamento diretto, resta infatti da stabilire fino a quale punto esso possa incidere sull'attività della società senza risolversi nell'assunzione, da parte del socio pubblico, di funzioni propriamente gestorie. È in questa tensione tra influenza pubblica e autonomia dell'organizzazione societaria che si colloca il problema qui esaminato.

Il punto di partenza deve rimanere la specialità dell'*in house*. La società non è un comune operatore di mercato sul quale il socio pubblico esercita i soli poteri dell'azionista ordinario. L'art. 2, comma 1, lett. c) e d), del d.lgs. n. 175 del 2016 definisce il controllo analogo attraverso l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, mentre l'art. 16 consente agli statuti delle società *in house* deroghe alla disciplina societaria ordinaria proprio al fine di realizzare tale controllo. Il problema, pertanto, non consiste nel normalizzare l'*in house* riconducendolo senza residui al modello codicistico, bensì nel comprendere quali deroghe siano funzionali al controllo e quali, invece, producano una diversa allocazione sostanziale della funzione gestoria.

L'evoluzione europea mostra come il requisito del controllo analogo sia stato progressivamente precisato in termini sostanziali. La Corte di giustizia ha da tempo escluso che sia sufficiente la mera partecipazione pubblica e ha richiesto che l'amministrazione possa esercitare un'influenza determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'organismo. La codificazione contenuta nell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE recepisce questa impostazione e, nel caso del controllo congiunto, richiede che le amministrazioni siano rappresentate negli organi decisionali, possano esercitare congiuntamente un'influenza determinante e che la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti².

Questa traiettoria è importante perché consente di distinguere due profili sovente sovrapposti. Il primo riguarda la sufficienza del controllo ai fini della legittimità dell'affidamento diretto: il controllo deve essere reale, effettivo e strutturalmente garantito. Il secondo riguarda le tecniche attraverso le quali quel controllo viene esercitato. Il diritto europeo non impone, in via generale, che ogni singolo atto di amministrazione sia sottoposto alla preventiva approvazione del socio; richiede, piuttosto, che l'ente controllante sia in grado di incidere sulle scelte che determinano l'indirizzo dell'organismo. Da qui l'esigenza di evitare un'equazione fra intensità del controllo e capillarità delle autorizzazioni.

La distinzione è coerente anche con il principio di auto-organizzazione amministrativa, oggi espresso dall'art. 7 del d.lgs. n. 36 del 2023. Il nuovo codice dei contratti pubblici non riproduce il precedente meccanismo dell'elenco ANAC previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016; colloca invece l'*in house* nel quadro delle forme attraverso le quali l'amministrazione organizza l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, nel rispetto del diritto dell'Unione e della disciplina di settore. La maggiore libertà nella scelta del modello organizzativo rende, semmai, più importante la corretta configurazione della governance interna dell'affidatario³.

² Art. 12 della direttiva 2014/24/UE. Tra le pronunce fondamentali sul controllo congiunto si v. Corte giust. UE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord; Corte giust. UE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant.

³ Art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che positivizza il principio di auto-organizzazione amministrativa collocando autoproduzione ed esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'impostazione restrittiva accolta dall'art. 192 del previgente d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Sul punto, e sulle implicazioni della

Il tema acquista particolare complessità nelle società pluripartecipate. In tali casi, l'effettività del controllo non può essere misurata sulla percentuale di capitale detenuta dal singolo ente, poiché l'ordinamento ammette che anche partecipazioni minime concorrano a un controllo congiunto effettivo. Ciò che conta è la struttura dei meccanismi decisionali: ciascun ente deve poter partecipare alla formazione dell'indirizzo comune e nessun socio deve essere relegato a una posizione puramente simbolica. La giurisprudenza europea e nazionale ha così progressivamente abbandonato ogni lettura meramente quantitativa della partecipazione⁴.

Un'indicazione convergente, e particolarmente istruttiva perché maturata nel contesto del servizio idrico integrato, si ricava dalla giurisprudenza in tema di controllo congiunto, ove si è ritenuto che l'esigenza di effettività possa essere soddisfatta anche attraverso un ufficio comune costituito ai sensi dell'art. 30 t.u.e.l., preposto alla consultazione e al coordinamento degli enti in vista dell'approvazione degli atti fondamentali della vita sociale. Il riferimento agli "atti fondamentali" è particolarmente significativo: conferma che l'effettività del controllo congiunto non richiede che tutti gli enti partecipino direttamente alla formazione di ogni determinazione operativa, ma che dispongano di strumenti reali per incidere sulle decisioni che definiscono la direzione complessiva della società.

Nella medesima direzione si è mossa la giurisprudenza amministrativa, la quale, con riferimento all'*in house* pluripartecipato, ha ribadito che i soci pubblici devono poter esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato⁵. La giurisprudenza valorizza anche i poteri di vigilanza sulla corretta attuazione del piano di attività e degli indirizzi strategici, mostrando come un controllo penetrante possa essere costruito

nuova disciplina per la tutela della concorrenza, si v. V. MARTINES, *L'in house providing nei servizi pubblici: auto-organizzazione e concorrenza verso un nuovo equilibrio*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2026; L.M. FERA, *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato*, in Federalismi.it, 28/2024, 33 ss.; V. BATTISTELLI, *L'affidamento in house: luci ed ombre del nuovo principio di autorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 6/2024, I, 104 ss.; D. ANDRACCHIO, *Il mercato dei contratti pubblici e la autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 1/2024, 87 ss.; F. FIGORILLI, *L'in house providing fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore*, in *Riv. reg. mercati*, 2/2023, 333 ss.; nonché A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*, in *Munus*, 2/2023, 243 ss. Sugli oneri motivazionali che accompagnano la scelta dell'autoproduzione si v. I. GENUESSI, *L'onere motivazionale in caso di affidamento in house alla luce della più recente normativa e giurisprudenza*, in Ambientediritto.it, 2023, 1-20; A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house convenzionali*, in Federalismi.it, 29/2023, 38 ss.; sul ridimensionamento del principio concorrenziale nel nuovo Codice, F. TOMASICCHIO, *La «demitizzazione» del principio di concorrenza nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2025, 189 ss. e C. SERENI LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà di impresa*, in *Munus*, 2/2022, 353 ss. La prospettiva accolta nel testo, che assegna all'auto-organizzazione una funzione di conservazione dell'imputabilità pubblica sostanziale dell'attività, si colloca in questo solco.

⁴ Si v. Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554.

⁵ Con riferimento all'*in house* pluripartecipato e ai connotati del controllo analogo congiunto si v., tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2025, n. 416; Cons. Stato, sez. II, 8 maggio 2024, n. 1671; Cons. Stato, sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9452; Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2023, n. 3494; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 dicembre 2023, n. 1839; Cons. Stato, sez. II, 10 novembre 2021, n. 7476; Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093. Si v. inoltre le questioni recentemente rimesse alla Corte di giustizia UE da Cons. Stato, sez. VII, ord. 2 aprile 2026, n. 2726, in relazione al consorzio Cineca.

attraverso la verifica dell'attuazione degli obiettivi senza necessariamente trasformarsi in autorizzazione seriale dei singoli atti⁶.

Il controllo congiunto rende dunque ancora più evidente la necessità di una distinzione funzionale. Se ogni socio, anche titolare di una partecipazione minima, pretendesse di intervenire direttamente sulle singole operazioni, la società diverrebbe difficilmente governabile e il controllo stesso rischierebbe di perdere efficacia. Il coordinamento preventivo deve concentrarsi su ciò che è comune agli enti controllanti: obiettivi, piani, livelli di servizio, investimenti, operazioni straordinarie, criteri generali di organizzazione. La gestione attuativa, invece, richiede una sede decisionale capace di assumere tempestivamente responsabilità e di rispondere dei risultati.

2. Intensità del controllo e autonomia societaria: dalla ricostruzione gerarchica al criterio delle decisioni significative.

Il passaggio più rilevante ai fini della presente indagine è offerto dall'ordinanza delle Sezioni Unite dell'8 gennaio 2024. La decisione si colloca, per il suo oggetto immediato, nel filone relativo alla natura della società *in house* e al riparto di giurisdizione; essa contiene tuttavia una precisazione che trascende la questione processuale e che assume rilievo sistematico, giacché vi si afferma che il controllo analogo non è un controllo assoluto né gerarchico, perché si esercita su un soggetto giuridicamente distinto dall'ente pubblico; esso riguarda le decisioni fondamentali, le linee strategiche e le più importanti scelte operative⁷.

La formula impiegata dalle Sezioni Unite non si presta a letture unilaterali e merita di essere considerata in entrambe le sue componenti, giacché ciascuna di esse concorre a delimitare l'istituto in una direzione diversa. Da un lato, le Sezioni Unite rifiutano l'assimilazione integrale della società all'ufficio interno; dall'altro, non riducono affatto l'intensità dell'influenza pubblica, che deve investire anche le più importanti scelte operative. Il confine, pertanto, non coincide con la tradizionale dicotomia tra indirizzo politico e gestione amministrativa, né può essere tracciato semplicemente contrapponendo "strategia" e "operatività". Esistono scelte operative che, per dimensione,

⁶ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2025, n. 416, cit., ove si richiedono, ai fini del controllo congiunto, la rappresentanza negli organi decisionali, l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative e l'assenza di interessi contrari a quelli dei soci pubblici, valorizzandosi altresì i poteri di vigilanza sulla corretta attuazione del piano di attività. Sul controllo analogo congiunto nelle società pluripartecipate, e sulle difficoltà di conciliare l'effettività dell'influenza con la frammentazione delle partecipazioni, si v. M. BIANCHINI, *Il rapporto tra "società a partecipazione pubblica" e "società a controllo pubblico" alla luce della nozione di "controllo" (solitario e congiunto) del Testo unico*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2023, 59 ss.; C. GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul controllo analogo congiunto nel quadro generale delle società a controllo pubblico*, in *Riv. soc.*, 2-3/2022, 450 ss.; F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo pubblico, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in *Riv. dir. soc.*, 3/2018, 517 ss.; E. CODAZZI, *Note in tema di controllo analogo c.d. "congiunto" su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 4/2018, II, 630 ss.; S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009; in sede di commento giurisprudenziale, S. RICETTO, *Affidamenti in-house e controllo analogo congiunto da parte degli enti affidanti*, in *Giur. it.*, 2/2025, 386 ss.

⁷ Si v. Cass., Sez. Un., ord. 8 gennaio 2024, n. 567. La formula ivi impiegata - controllo riferito alle decisioni fondamentali, alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative - non è isolata, ricorrendo già in Cass., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632, e, prima ancora, in Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283. La pronuncia del 2024 non segna dunque un mutamento di indirizzo, ma ne offre la conferma in un contesto argomentativo che valorizza espressamente l'alterità soggettiva della società rispetto all'ente socio.

irreversibilità o impatto sul servizio, assumono rilievo strategico; ed esistono atti economicamente rilevanti che restano mera esecuzione di un programma già approvato.

L'indicazione offerta dalle Sezioni Unite non rimane, peraltro, isolata. Nella successiva evoluzione giurisprudenziale, pur nella diversità delle fattispecie esaminate, l'effettività del controllo tende infatti a essere ricondotta alla capacità degli enti soci di incidere sulle determinazioni che assumono rilievo essenziale nell'indirizzo e nell'attività della società. La giurisprudenza successiva, nel riconoscere l'effettività del controllo congiunto, valorizza la partecipazione degli enti all'approvazione degli atti fondamentali della vita sociale e richiama, al contempo, la necessità che i soci pubblici siano in grado di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato⁸. Senza sovrapporre formule maturate in contesti differenti, se ne può ricavare una linea sufficientemente riconoscibile: l'intensità propria del controllo analogo si misura anzitutto sulla qualità delle decisioni sulle quali l'ente è posto in condizione di incidere, e non sulla generalizzata sottoposizione dell'attività societaria al suo preventivo assenso. La distinta soggettività della società costituisce, sotto questo profilo, il presupposto teorico del limite.

Se la società fosse davvero un ufficio dell'ente, l'interrogativo sulla competenza gestoria avrebbe un significato diverso. Ma l'ordinamento conserva una persona giuridica separata, un patrimonio autonomo, organi propri e un regime di responsabilità degli amministratori. L'*in house* è, dunque, una forma di organizzazione pubblica realizzata attraverso un soggetto societario, non la cancellazione della forma societaria. È in questa tensione tra strumentalità e autonomia che deve essere collocato il controllo analogo.

La dottrina ha descritto efficacemente questa ambivalenza. Da una parte, la società è funzionalmente dipendente dal socio pubblico e orientata al perseguimento dei suoi fini; dall'altra, l'utilizzazione del tipo societario conserva un significato ordinamentale, perché concentra negli amministratori la responsabilità della gestione e assoggetta l'attività, salvo deroghe espresse, alle regole del diritto societario. La ricostruzione del controllo non può pertanto sacrificare uno dei due poli senza alterare la stessa fisionomia dell'istituto⁹.

Il problema diviene allora quello di dare contenuto alle categorie utilizzate dalla giurisprudenza. Agli "atti fondamentali" sembrano potersi ricondurre, in via esemplificativa, le scelte relative all'oggetto sociale, al piano industriale, al budget, agli investimenti strutturali, alle operazioni sul capitale, alle acquisizioni e dismissioni significative, alle modifiche organizzative di maggiore impatto. Le "linee strategiche" riguardano gli obiettivi di medio-lungo periodo, il posizionamento della società, gli standard di servizio, le politiche generali del personale e degli approvvigionamenti. Più difficile è la nozione di "più importanti scelte operative", che funge da cerniera fra strategia e gestione.

A tale nozione non può essere attribuito un significato puramente economico. Una soglia di valore può essere un indice, ma non è un criterio sufficiente. Un contratto di importo elevato può costituire l'esecuzione necessaria di un investimento già approvato; una decisione di valore modesto può incidere in modo irreversibile su un segmento essenziale del servizio. Il criterio deve essere qualitativo e considerare almeno l'impatto dell'atto sugli obiettivi affidati, il grado di discrezionalità residua rispetto ai piani approvati, la sua reversibilità, la durata degli effetti e la capacità di modificare l'assetto organizzativo o patrimoniale della società.

⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18623; Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2025, n. 416.

⁹ Sul rapporto fra autonomia e strumentalità cfr. S. RICETTO, *Affidamenti in-house e controllo analogo congiunto da parte degli enti affidanti*, cit.; E. CODAZZI, *La società in house*, cit.

Un elemento di conferma, proveniente dalla sede del controllo sugli organismi partecipati, merita di essere valorizzato. Chiamata a valutare uno statuto che consentiva agli organi societari di discostarsi dagli indirizzi del comitato, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna ha richiamato la pronuncia delle Sezioni Unite del 2024 e la necessità di distinguere le decisioni fondamentali dalle altre determinazioni¹⁰. Il dato è significativo perché mostra che il problema opera in entrambe le direzioni: sarebbe incompatibile con il controllo analogo consentire agli amministratori di ignorare liberamente gli indirizzi del socio sulle scelte fondamentali; ma proprio per questo occorre individuare una sfera di atti per i quali l'amministratore resta responsabile dell'attuazione.

La distinzione può essere letta anche in termini di responsabilità. Quanto più l'ente socio determina il contenuto concreto dell'atto, tanto più diventa difficile imputare esclusivamente agli amministratori il risultato della decisione. Viceversa, se il socio definisce obiettivi, vincoli e criteri generali, lasciando all'organo amministrativo la scelta dei mezzi, la responsabilità gestoria rimane chiaramente allocata. Un buon sistema di controllo dovrebbe quindi essere progettato anche come sistema di trasparenza delle responsabilità, evitando aree nelle quali il socio decide sostanzialmente ma l'amministratore risponde formalmente.

La nozione di "decisione significativa" opera, nel sistema dell'*in house*, come una clausola elastica. Il legislatore europeo e quello nazionale non hanno costruito un catalogo chiuso, e la scelta appare comprensibile: la rilevanza di una decisione dipende dal settore, dalla dimensione della società, dal valore del servizio, dal grado di regolazione e dalla concreta organizzazione dell'affidatario. Un atto che per una piccola società strumentale rappresenta una scelta fondamentale può essere ordinaria amministrazione per un grande gestore industriale. La ricerca di un criterio uniforme deve quindi evitare l'illusione di una tipizzazione esaustiva¹¹.

Proprio la struttura elastica della nozione suggerisce di utilizzare un criterio di proporzionalità. L'intensità dell'intervento preventivo del socio dovrebbe essere proporzionata alla capacità della decisione di incidere sugli obiettivi e sul patrimonio pubblico. Non ogni rischio giustifica lo stesso livello di controllo e non ogni controllo deve assumere la forma del veto. Tra la mera informazione e l'autorizzazione vincolante esiste una gamma di strumenti intermedi: informativa preventiva, consultazione, parere obbligatorio non vincolante, potere di richiesta di riesame, soglie di escalation, obbligo di motivazione rafforzata. La scelta dello strumento dovrebbe dipendere dalla natura dell'atto e dal rischio che esso presenta.

Una simile impostazione consente di leggere in modo coerente la giurisprudenza che, da un lato, richiede poteri penetranti e, dall'altro, nega il carattere gerarchico del rapporto. La penetrazione del controllo riguarda la capacità di incidere quando ciò è necessario; non implica che il socio debba essere coinvolto nello stesso modo in ogni decisione. Il controllo è tanto più effettivo quanto più è capace di selezionare i punti nei quali l'intervento pubblico è decisivo, evitando di disperdere risorse nella microgestione.

¹⁰ Si v. Corte dei conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, delib. n. 80/2024/PASP, resa in sede di parere ex art. 5 t.u.s.p. La Sezione ha ravvisato un elemento "distonico" rispetto al modello del controllo analogo nella clausola statutaria che, pur imponendo agli organi della società *in house* di recepire le deliberazioni del comitato permanente di indirizzo e coordinamento, quale sede del controllo analogo congiunto dei soci, consentiva agli stessi organi di discostarsene con motivazione specifica, senza limitare tale facoltà alle decisioni diverse da quelle fondamentali nel senso precisato da Cass., Sez. Un., ord. 8 gennaio 2024, n. 567, cit.

¹¹ Sulla natura sostanziale e non meramente formale del controllo analogo si v. A. VALZER, *Il controllo analogo nelle società a partecipazione pubblica oggi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2/2025, 176 ss.; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, cit.

In questa prospettiva, il principio di proporzionalità non è invocato quale limite esterno mutuato meccanicamente dal diritto amministrativo, ma come criterio interno di buona progettazione della *governance*. Il potere di veto costituisce lo strumento più intenso e dovrebbe essere riservato alle materie nelle quali una decisione difforme potrebbe compromettere gli obiettivi dell'affidamento o alterare in modo rilevante l'assetto della società. Per le decisioni attuative, strumenti informativi e controlli successivi possono offrire un presidio altrettanto efficace e meno distortivo.

Anche il grado di regolazione del settore incide sulla valutazione. Nei servizi fortemente regolati, una parte delle scelte è già conformata da standard tecnici, tariffari e qualitativi imposti dall'autorità competente. In tali casi, l'intervento del socio non dovrebbe duplicare il vincolo regolatorio, ma concentrarsi sulle opzioni che restano effettivamente disponibili alla società. Diversamente, il controllo analogo rischia di trasformarsi in una seconda regolazione, priva però della base legale e delle competenze tecniche proprie del regolatore.

Il criterio della significatività deve poi essere verificabile *ex ante*. Un regolamento che si limiti a formule indeterminate espone la società a continue incertezze sulla necessità del parere. È preferibile combinare categorie qualitative, esempi non tassativi e soglie di attenzione, prevedendo una procedura rapida per risolvere i casi dubbi. La certezza del perimetro non serve soltanto all'efficienza: tutela anche i componenti del comitato e gli amministratori, perché consente di comprendere in anticipo quale soggetto sia chiamato ad assumere la decisione.

La nozione di decisione significativa, centrale tanto nel diritto eurounitario quanto nel t.u.s.p., non coincide con una categoria tipica del diritto societario. Essa svolge piuttosto una funzione selettiva: individua le scelte sulle quali l'ente deve poter esercitare un'influenza determinante affinché la relazione con la società sia realmente assimilabile, sul piano funzionale, a quella che caratterizza l'auto-organizzazione. Proprio l'elasticità della formula impone di evitare due opposti automatismi. Il primo consiste nel ritenere significativa qualsiasi decisione che superi una determinata soglia economica; il secondo nel confinare il controllo alle sole operazioni straordinarie in senso tecnico. In entrambi i casi si perderebbe di vista la relazione tra singola decisione e indirizzo complessivo dell'impresa.

Agli indici già richiamati si aggiunge l'incidenza sul rischio complessivo dell'impresa e sulla sostenibilità economico-finanziaria del servizio. Nessuno di tali indici è isolatamente decisivo, ma la loro combinazione consente di costruire una valutazione meno meccanica di quella fondata sulla sola soglia di spesa.

Un ulteriore criterio è rappresentato dalla presenza o meno di una precedente decisione programmatica. Se il socio ha già approvato un piano di fabbisogno del personale, un programma degli acquisti o un piano degli investimenti sufficientemente dettagliato, il singolo atto che vi dà esecuzione tende a perdere autonoma rilevanza strategica. La sua sottoposizione a un nuovo parere vincolante finisce allora per duplicare, sul piano dell'esecuzione, una valutazione che il socio ha già compiuto nella sede programmatica che gli è propria, con l'effetto paradossale di attenuare la portata dell'indirizzo anziché rafforzarla. Diversamente, un'operazione non prevista, capace di alterare il piano approvato o di assorbire risorse destinate ad altre finalità, può ragionevolmente tornare nella sfera del controllo preventivo.

La concentrazione del controllo sulle decisioni significative non implica, peraltro, un arretramento dell'influenza pubblica, ma può determinarne un esercizio più sostanziale. Quanto minore è l'intervento sui singoli atti esecutivi, tanto maggiore deve essere la capacità degli enti soci di verificare, nelle sedi proprie della programmazione, la coerenza del piano industriale, degli

investimenti e delle principali scelte organizzative con gli obiettivi affidati, nonché la loro sostenibilità economico-finanziaria. Il controllo sull'atto tende così a lasciare spazio al controllo sulla programmazione e sui risultati, senza che ciò comporti una minore intensità del controllo analogo.

Il criterio della significatività deve inoltre essere letto in modo proporzionato alle dimensioni e alla complessità della società. La stessa operazione può avere peso diverso in un gestore locale di ridotte dimensioni e in una società che opera su un ambito territoriale vasto, dispone di una struttura manageriale articolata e realizza investimenti di notevole entità. Una disciplina uniforme, costruita attraverso soglie assolute e immutabili, rischia pertanto di diventare rapidamente irrazionale. Più coerente appare un sistema nel quale le soglie siano collegate al *budget*, al patrimonio, al valore degli investimenti o ad altri parametri dinamici e siano periodicamente riesaminate.

Questa impostazione consente anche di evitare che la categoria delle più importanti scelte operative venga svuotata. La formula utilizzata dalla Cassazione non autorizza infatti a ricondurre qualsiasi attività operativa al controllo analogo; al contrario, richiede di isolare, all'interno dell'operatività, quelle scelte che per effetti e rischio assumono una rilevanza comparabile alle decisioni strategiche. Il controllo può così penetrare, quando necessario, nella dimensione operativa senza trasformarsi in una generale amministrazione per autorizzazioni.

3. Il confine tra controllo analogo e gestione societaria: autonomia degli amministratori, direzione e coordinamento e partecipazione alla decisione.

L'art. 16, comma 2, lett. a), t.u.s.p. consente agli statuti delle società *in house* di derogare alle disposizioni degli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c. Si tratta di una previsione centrale, perché riconosce espressamente che l'esclusività della competenza gestoria degli amministratori può essere attenuata per rendere possibile il controllo analogo. La norma, tuttavia, non stabilisce che tale competenza possa essere integralmente trasferita al socio. La deroga è funzionale al controllo e deve essere interpretata alla luce della finalità che la giustifica.

È proprio su questo rapporto di strumentalità che si è soffermata la giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto ammissibili clausole derogatorie funzionali all'esercizio del controllo analogo, escludendo però che esse possano annullare la competenza e la responsabilità dell'organo amministrativo. La soluzione appare condivisibile perché evita due estremi: la sostanziale irrilevanza della deroga prevista dal t.u.s.p. e, all'opposto, la trasformazione dell'organo amministrativo in mero esecutore privo di autonomia decisionale.

Sul piano sistematico, la deroga all'art. 2380-*bis* c.c. si calibra in relazione alle materie nelle quali l'influenza determinante del socio è necessaria. Ciò può giustificare riserve di competenza assembleare atipiche, poteri autorizzativi su operazioni straordinarie, approvazioni preventive di piani e programmi, obblighi informativi rafforzati e poteri di veto su decisioni suscettibili di alterare l'assetto del servizio. Più problematica è l'estensione indistinta del veto o dell'autorizzazione a categorie di atti seriali, perché in quel caso la deroga non serve più a orientare la gestione ma tende a sostituire il decisore.

La questione assume un rilievo particolare quando statuto e regolamento del controllo non sono coordinati. Lo statuto può riservare al socio soltanto le operazioni strategiche, mentre il regolamento, spesso approvato in sede convenzionale tra enti, può sottoporre a parere vincolante atti ulteriori. In tali casi non è sufficiente richiamare genericamente l'esigenza del controllo analogo: occorre verificare quale fonte sia competente a incidere sulla distribuzione dei poteri societari e se il regolamento possa,

senza adeguato fondamento statutario, introdurre vincoli che modificano sostanzialmente la competenza dell'organo amministrativo.

Il rapporto con la direzione e coordinamento costituisce il secondo snodo. Una parte della dottrina ha evidenziato la vicinanza strutturale fra il controllo analogo e l'eterodirezione: entrambi implicano un'influenza stabile capace di orientare le decisioni della società. Altri contributi hanno però sottolineato il *quid pluris* del controllo analogo, derivante dalla funzione pubblicistica dell'affidamento e dalla particolare relazione di dipendenza istituzionale dell'organismo rispetto agli enti controllanti¹².

È preferibile, pertanto, evitare tanto l'identificazione automatica quanto la separazione assoluta. Il controllo analogo è un requisito dell'*in house* e trova fondamento nel diritto degli affidamenti e nel t.u.s.p.; la direzione e coordinamento è una fattispecie civilistica che dipende dall'effettivo esercizio di un potere di indirizzo unitario. I due fenomeni possono coesistere quando i poteri del socio pubblico, concretamente esercitati, assumano la consistenza di un'attività di direzione della gestione. Ma la qualificazione deve essere effettuata caso per caso, tenendo conto non solo delle clausole formali ma della prassi decisionale.

Indicazioni significative, ancorché non univoche, provengono dalla giurisprudenza di merito. Si è così esaminata la responsabilità dell'ente pubblico controllante per abuso di eterodirezione, e si è giunti, in una vicenda peculiare, ad affermare una sostanziale coincidenza fra controllo analogo e attività di direzione e coordinamento. La portata generale di quest'ultima affermazione va tuttavia maneggiata con cautela: la fisiologia del controllo non può diventare, senza ulteriori accertamenti, presunzione assoluta di eterodirezione.

La dottrina più recente ha inoltre approfondito la responsabilità dell'ente pubblico che eserciti direzione e coordinamento, superando l'idea che la natura pubblica del soggetto dominante possa di per sé sottrarlo alla disciplina degli artt. 2497 ss. c.c. Il dato è rilevante per l'*in house*: l'utilizzo dello strumento societario comporta anche l'applicazione dei meccanismi di responsabilità propri dell'organizzazione societaria, salvo le deroghe espressamente previste¹³.

¹² La questione dei rapporti fra controllo analogo ed eterodirezione è fra le più controverse in materia e le posizioni non sono riconducibili a un orientamento unitario. Per la tesi che valorizza la contiguità strutturale delle due figure, pur riconoscendo al controllo analogo un *quid pluris* derivante dalla peculiare relazione di dipendenza istituzionale, si v. E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2023, 169 ss., la quale dedica specifica attenzione al controllo analogo quale attività di direzione e coordinamento e alla conseguente soggezione del socio pubblico alla relativa responsabilità; nella medesima direzione, sul versante dell'interesse perseguito, P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Riv. soc.*, 4/2020, 1082 ss. Fa da ponte fra le categorie amministrativistiche e quelle societarie, ancora, M. ANTONIOLI, *L'in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo, partecipazione "pulviscolare" ed eterodirezione della società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2020, 599 ss., spec. sul rilievo dell'eterodirezione nel controllo analogo congiunto. Va infine dato conto della lettura, di segno opposto a quella qui accolta, che ha visto nella giurisprudenza sulla società *in house* un superamento dello schermo societario e un ritorno alla figura dell'organo-impresa: si v. A. BARTOLINI, *La società in house perde il «corporate veil»: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. it.*, 8-9/2014, 1995 ss., e, per una lettura critica delle oscillazioni del modello, R. URSI, *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2014, 557 ss. È proprio rispetto a tale impostazione che la pronuncia delle Sezioni Unite del 2024 segna la distanza più netta, riaffermando l'alterità soggettiva quale tratto non eliminabile del modello.

¹³ La riconducibilità dell'ente pubblico alla fattispecie dell'art. 2497 c.c. è tuttora oggetto di soluzioni divergenti e la questione non può dirsi risolta dal solo dato testuale. Della persistente incertezza dà conto già il titolo del

In questa prospettiva, l'eccesso di controllo può costituire un indice dell'eterodirezione, ma non coincide con l'abuso. L'art. 2497 c.c. richiede che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e produca un pregiudizio. Una direttiva intensa ma corretta può essere pienamente legittima; una direttiva che imponga una scelta dannosa per finalità estranee o senza adeguata considerazione dell'equilibrio della società può invece aprire il problema della responsabilità. La distinzione tra esistenza del potere e abuso del potere deve restare netta.

La relazione tra controllo analogo e direzione e coordinamento rinvia a un problema più generale: il rapporto tra interesse pubblico perseguito dall'ente socio e interesse della società. Nelle società *in house* l'interesse pubblico non è un elemento esterno o occasionale, poiché la società nasce per svolgere compiti affidati dagli enti controllanti. Ciò non significa, tuttavia, che qualsiasi sacrificio dell'equilibrio economico o patrimoniale della società possa essere giustificato invocando genericamente l'interesse pubblico. La scelta del modello societario comporta la necessità di preservare condizioni di sostenibilità coerenti con la continuità dell'attività¹⁴.

Il problema emerge con particolare chiarezza nelle direttive che impongono alla società obiettivi di contenimento dei costi, politiche tariffarie, livelli occupazionali o investimenti. Tali obiettivi possono essere pienamente coerenti con la missione pubblica, ma devono essere tradotti in scelte compatibili con il quadro normativo e regolatorio. Una direttiva che imponga un risultato economicamente impossibile o che contraddica obblighi di servizio non diventa legittima per il solo fatto di provenire dal socio pubblico. Il controllo analogo non sospende i principi di corretta amministrazione; al contrario, rende più importante la motivazione delle scelte che incidono sulla sostenibilità dell'affidatario.

La disciplina della direzione e coordinamento offre, sotto questo profilo, una chiave di lettura utile. Il legislatore non vieta l'esercizio di un indirizzo unitario, ma reagisce al suo abuso. La valutazione deve tenere conto del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e dei vantaggi compensativi, secondo la logica propria dell'art. 2497 c.c. Nel contesto pubblico, ciò richiede una particolare attenzione alla trasparenza delle ragioni per le quali una determinata scelta viene imposta alla società e ai benefici che essa produce nel quadro complessivo dell'affidamento¹⁵.

Da qui deriva un ulteriore argomento contro la microgestione. Quanto più il socio interviene sulla singola operazione, tanto più deve assumersi l'onere di considerare le informazioni tecniche, economiche e organizzative che normalmente appartengono alla sfera dell'amministratore. Il controllo

contributo di L. MARICONDA, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto*, in *Giur. comm.*, 1/2022, I, 56 ss.; per la tesi favorevole, con riferimento alle società strumentali, si v. C. GARILLI, *La responsabilità dell'ente pubblico per l'attività di direzione e coordinamento sulle c.d. società strumentali*, in *Soc.*, 6/2023, 657 ss. ed E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, *ivi*, 7/2021, 827 ss. L'argomento che milita in senso favorevole, e che si condivide, è di ordine sistematico: l'esclusione fondata sulla sola qualità soggettiva del *dominus* collocherebbe l'ente pubblico in una posizione di privilegio rispetto a ogni altro soggetto controllante, con arretramento della tutela dei creditori della partecipata. Resta tuttavia fermo che l'accertamento dei presupposti dell'attività di direzione e coordinamento, e a maggior ragione del suo esercizio abusivo, non può essere sostituito dalla mera constatazione della sussistenza del controllo analogo: sul punto v. quanto osservato nel testo.

¹⁴ Sul rapporto fra finalità pubbliche, interesse sociale e corretta gestione nelle società partecipate cfr. C. GARILLI, *La responsabilità dell'ente pubblico per l'attività di direzione e coordinamento sulle c.d. società strumentali*, *cit.*; E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*, *cit.*

¹⁵ Art. 2497, comma 1, c.c. Sul tema dei vantaggi compensativi e dell'interesse di gruppo nel contesto delle società pubbliche si v. L. MARICONDA, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1*, *cit.*

strategico consente invece al socio di operare sul livello nel quale dispone di una legittimazione più forte: la definizione dell'interesse pubblico da perseguire e degli obiettivi che la società deve realizzare. L'amministratore traduce poi tali obiettivi in decisioni tecniche, assumendone la responsabilità.

La distinzione non deve essere assolutizzata. Vi sono casi nei quali l'interesse pubblico impone al socio di intervenire anche su una decisione concreta, soprattutto quando essa può compromettere irreversibilmente il servizio o il patrimonio. Ma l'eccezione dovrebbe essere motivata proprio in ragione della sua rilevanza. Un sistema nel quale ogni scelta concreta è preventivamente conformato dal socio rende invece impossibile distinguere l'eccezione dalla regola e rischia di privare di significato la responsabilità degli amministratori.

La corretta gestione societaria costituisce dunque un limite e insieme un parametro del controllo. Il socio pubblico non è un azionista che massimizza il profitto, ma neppure un soggetto che può ignorare gli equilibri della società. Deve esercitare i propri poteri in modo coerente con la funzione affidata, con la sostenibilità dell'organismo e con le regole del settore. Questa impostazione consente di evitare una falsa alternativa tra interesse pubblico e diritto societario: nelle società *in house*, la tutela dell'interesse pubblico passa anche attraverso una *governance* capace di produrre decisioni responsabili e sostenibili.

Sul piano documentale, ciò suggerisce che le direttive del socio sulle scelte di maggiore impatto siano accompagnate da un'istruttoria adeguata e da un'esplicitazione delle finalità perseguite. La formalizzazione non serve a burocratizzare il controllo, ma a rendere verificabile il percorso decisionale e a consentire, in caso di esito negativo, di distinguere l'errore gestorio dell'amministratore dalla scelta imposta o condivisa dal socio. La trasparenza del processo decisionale diventa così uno strumento di prevenzione della responsabilità.

La valorizzazione dell'autonomia gestoria non deve essere equivocata come tentativo di ricondurre la società *in house* al paradigma della società privata ordinaria. La questione è diversa. Anche quando lo statuto comprime legittimamente i poteri dell'organo amministrativo per assicurare il controllo analogo, permane l'esigenza di individuare un soggetto al quale siano imputabili le scelte di attuazione e i relativi doveri di diligenza. La responsabilità degli amministratori presuppone infatti una sfera decisionale riconoscibile; se ogni scelta viene sostanzialmente assunta altrove, la distribuzione formale delle cariche non corrisponde più alla distribuzione effettiva del potere.

Sotto questo profilo, autonomia e responsabilità costituiscono termini complementari. L'amministratore deve poter scegliere gli strumenti più adeguati per conseguire gli obiettivi fissati dal socio, restando responsabile della correttezza dell'istruttoria, della convenienza dell'operazione, del rispetto delle procedure e della salvaguardia dell'equilibrio economico della società. Il socio, per parte sua, deve poter modificare gli obiettivi, correggere gli scostamenti e intervenire sulle decisioni realmente significative. Un sistema che confonda questi due piani non rafforza necessariamente il controllo pubblico: può, al contrario, rendere meno chiaro chi abbia deciso e sulla base di quali informazioni.

La questione emerge con particolare evidenza quando l'organo amministrativo ritenga non conveniente una scelta imposta dal comitato. Se il parere è vincolante e riguarda il contenuto puntuale dell'operazione, l'amministratore può trovarsi nella posizione di dover adottare un atto che non avrebbe autonomamente scelto. È allora essenziale che lo statuto o il regolamento chiariscano gli effetti dell'indirizzo e le modalità con cui l'organo amministrativo può rappresentare criticità tecniche, economiche o giuridiche. La possibilità di un'interlocuzione motivata non attenua il controllo analogo;

ne migliora la qualità, perché consente al socio di decidere conoscendo le conseguenze della propria direttiva.

Anche il tema delle istruzioni del socio deve essere affrontato evitando analogie improprie con il rapporto gerarchico. L'istruzione può essere vincolante nell'ambito delle competenze che l'assetto dell'*in house* riserva al socio, ma non per questo trasforma gli amministratori in meri esecutori materiali. Essi conservano doveri propri, inclusi quelli connessi alla legalità dell'azione societaria e alla conservazione dell'integrità patrimoniale. Proprio per questo un buon sistema di *governance* dovrebbe distinguere le direttive sugli obiettivi dalle determinazioni che prescrivono mezzi puntuali, assoggettando queste ultime a un livello più elevato di motivazione e istruttoria.

La prospettiva consente infine di leggere in modo più equilibrato la deroga all'art. 2380-*bis* c.c. consentita dall'art. 16 t.u.s.p. La deroga è funzionale al controllo analogo e dunque legittima una redistribuzione di poteri più intensa di quella ammessa nelle società ordinarie; non impone, tuttavia, di concentrare nel socio ogni scelta. Il suo significato sistematico è quello di rendere possibile un modello organizzativo speciale, non quello di cancellare qualsiasi distinzione tra indirizzo e amministrazione.

3.1. I pareri preventivi vincolanti e la trasformazione del controllo in partecipazione alla decisione.

La fattispecie più problematica è quella del parere preventivo vincolante. La qualificazione nominale dell'atto non è decisiva: un "parere" dal quale l'organo amministrativo non può discostarsi senza impedire l'adozione dell'atto svolge, nella sostanza, una funzione conformativa. Il comitato non si limita a fornire elementi di valutazione, ma concorre a determinare il contenuto della decisione. È dunque necessario interrogarsi non sul *nomen iuris*, bensì sull'effetto che il pronunciamento produce nel procedimento societario.

Il grado di interferenza dipende anche dall'oggetto. Un parere vincolante sul piano industriale o su un'operazione straordinaria costituisce un tipico strumento di controllo strategico. Diverso è il parere sulla scelta del singolo fornitore, sulla selezione di un singolo professionista, sulla specifica assunzione o sulle condizioni economiche di una determinata operazione già compresa in un programma approvato. In tali casi il comitato entra nel merito della decisione esecutiva e riduce lo spazio nel quale l'amministratore può esercitare la propria discrezionalità imprenditoriale.

Che una simile deriva non sia imposta dalla natura stessa dell'istituto è dimostrato da un tipo organizzativo di segno opposto, riscontrabile in assetti statutari ricorrenti nelle società pluripartecipate affidatarie di servizi a rete. Vi si rinvencono organi di indirizzo e controllo strategico ai quali è attribuito il potere di definire in maniera vincolante per gli organi societari gli indirizzi, gli obiettivi e i piani della società, di emanare direttive generali e di sovrintendere alla loro attuazione, di deliberare sulle modificazioni significative dell'attività e sulle operazioni straordinarie, di esprimere parere vincolante sugli atti di programmazione economico-finanziaria e, in taluni casi, di incidere sulla designazione dei componenti dell'organo amministrativo¹⁶. Si tratta di un controllo di intensità elevata, che giunge a condizionare la stessa composizione dell'organo gestorio, e che tuttavia non contempla

¹⁶ La configurazione descritta nel testo non riproduce un singolo statuto, ma costituisce ricostruzione tipologica delle clausole ricorrenti negli statuti delle società pluripartecipate affidatarie del servizio idrico integrato, nelle quali l'esercizio del controllo analogo, congiunto e differenziato, è spesso demandato a un comitato composto da rappresentanti di tutti gli enti soci, con uguale diritto di voto a prescindere dall'entità della partecipazione.

alcuna autorizzazione preventiva su singoli atti di gestione corrente. Il confronto fra i due modelli conferma quanto si è venuti sostenendo: l'alternativa non corre fra controllo forte e controllo debole, bensì fra controllo strategico e compartecipazione alla gestione, giacché il controllo può essere molto intenso senza essere gestionale.

In questa prospettiva, anche il piano industriale assume rilievo quale sede privilegiata del controllo analogo: non come mero documento da approvare formalmente, ma come strumento attraverso il quale gli enti soci possono verificare *ex ante* la coerenza fra obiettivi, risorse, investimenti e sostenibilità della gestione e, successivamente, misurare gli scostamenti rispetto ai risultati programmati.

Sul punto la letteratura offre un riscontro puntuale, avendo osservato come l'esercizio del controllo analogo valga a trasformare un atto endoprocedimentale in atto vincolante, con conseguente necessità di ricostruirne i fondamenti e i caratteri sul piano dei poteri dell'ente controllante. La prassi mostra, inoltre, che i pareri vincolanti possono produrre effetti organizzativi non trascurabili: allungamento dei tempi decisionali, duplicazione delle istruttorie, difficoltà nel coordinare le responsabilità, rischio di sovrapposizione tra uffici dell'ente e strutture societarie. Questi effetti non dimostrano di per sé l'illegittimità del modello, ma devono essere considerati nel giudizio sulla sua funzionalità. Un controllo che moltiplica i passaggi senza accrescere la capacità del socio di incidere sugli obiettivi può risultare più invasivo e, paradossalmente, meno efficace.

Che il problema non sia meramente teorico è confermato dalla prassi degli operatori dei servizi pubblici, ove si segnalano, nei rapporti fra società partecipate ed enti locali, rischi di sovrapposizione, duplicazione e proliferazione delle richieste, e si richiama correlativamente l'esigenza che le prerogative del socio siano esercitate nel rispetto dell'ordinamento societario e delle competenze attribuite agli organi amministrativi e di controllo¹⁷.

Per evitare soluzioni casistiche occorre allora individuare gli elementi che, concorrendo, segnalano il mutamento qualitativo dell'intervento. Viene anzitutto in rilievo il livello della decisione, giacché quanto più l'atto incide sull'assetto, sugli obiettivi o sui programmi della società tanto più esso è coerente con il controllo analogo, mentre quanto più costituisce attuazione di decisioni già assunte tanto più dovrebbe rimanere nella competenza dell'organo amministrativo. Ad esso si affianca la discrezionalità residua: se il socio stabilisce il risultato e lascia agli amministratori la scelta dei mezzi si resta nell'area dell'indirizzo; se determina anche il mezzo, il contraente, il contenuto economico e le modalità operative, l'intervento assume natura gestoria.

Rileva inoltre la frequenza dell'intervento, poiché un pronunciamento eccezionale su una decisione operativa di particolare importanza può ben rientrare nelle più importanti scelte operative richiamate dalle Sezioni Unite, mentre una procedura che sottoponga sistematicamente a parere tutte le operazioni oltre una soglia o tutte le assunzioni, indipendentemente dal loro significato strategico, produce una stabile compartecipazione alla gestione: la serialità costituisce dunque un indice particolarmente significativo di tale mutamento qualitativo. Concorrono infine la reversibilità della scelta - le decisioni capaci di vincolare la società per periodi lunghi o di modificarne l'organizzazione giustificano un coinvolgimento maggiore del socio, mentre gli atti di ordinaria esecuzione dovrebbero restare alla responsabilità dell'amministratore - e l'entità del rischio, poiché operazioni che espongano il patrimonio pubblico a pericoli eccezionali possono legittimare un controllo preventivo più penetrante, purché esso non si converta in una sostituzione sistematica.

¹⁷ Per una recente ricostruzione maturata nella prassi degli operatori, v. UTILITALIA, *Rapporti tra società partecipate e enti locali*, circ. 4 agosto 2026, n. 02770/GL, spec. §§ 4 e 5.

Su tutti questi elementi si staglia, infine, l'esigenza di tracciabilità delle responsabilità. Un assetto ben progettato deve rendere chiaro chi ha deciso cosa. Se il comitato esprime soltanto indirizzi, l'amministratore risponde della scelta esecutiva; se il comitato impone il contenuto dell'atto, la ricostruzione causale deve tener conto anche del suo intervento. La chiarezza delle competenze non è, quindi, un'esigenza meramente organizzativa: costituisce una condizione per l'effettività dei sistemi di responsabilità e, indirettamente, per la qualità del controllo pubblico.

La categoria della "cogestione" può essere utilizzata in questo senso descrittivo, ma non dovrebbe essere elevata a fattispecie giuridica autonoma. Essa indica il superamento della linea funzionale che separa l'indirizzo dalla decisione esecutiva. Le conseguenze di tale superamento vanno poi ricostruite attraverso le discipline applicabili: diritto societario, direzione e coordinamento, responsabilità amministrativa, eventuali regole di settore. Questa impostazione evita di creare un titolo di responsabilità non previsto e consente, al tempo stesso, di descrivere con precisione il fenomeno.

3.2. Controllo sulla società e governo del servizio pubblico: la necessaria distinzione dei piani.

Nelle società che gestiscono servizi pubblici locali, e in particolare servizi a rete, il tema presenta un'ulteriore complessità. L'ente locale è contemporaneamente socio della società e componente di un sistema istituzionale nel quale la regolazione e il governo del servizio possono essere attribuiti a un ente d'ambito o a un'autorità indipendente. La qualità di socio non restituisce all'ente competenze amministrative che la legge abbia collocato altrove.

Il d.lgs. n. 201 del 2022 ha rafforzato la distinzione tra funzioni di regolazione, indirizzo e controllo e funzioni di gestione, prevedendo, all'art. 6, il principio di separazione e incompatibilità nei casi indicati dalla legge¹⁸. Nel servizio idrico integrato, ad esempio, gli artt. 147 ss. del d.lgs. n. 152 del 2006 attribuiscono agli enti di governo dell'ambito funzioni relative alla pianificazione, all'organizzazione e al rapporto con il gestore. Ne deriva che il controllo analogo, pur necessario quando il gestore è *in house*, opera su un piano diverso rispetto al controllo amministrativo del servizio.

La giurisprudenza amministrativa ha da tempo riconosciuto la distinta soggettività degli enti d'ambito e la concentrazione in sede sovracomunale delle funzioni di organizzazione del servizio idrico. Il singolo Comune conserva le prerogative derivanti dalla partecipazione societaria, ma non può utilizzare il controllo analogo per sostituirsi all'ente competente nella determinazione degli standard, nella pianificazione d'ambito o nella vigilanza regolatoria¹⁹.

¹⁸ Sul tema si v. B. MERCURIO, *La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nella nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Brevi riflessioni sul regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 del D.lgs. n. 201/2022, alla luce di alcuni orientamenti della Corte dei conti e dell'AGCM*, in *Amministrativ@mente*, 3/2023, 1469 ss.

¹⁹ Sull'autonoma soggettività dell'ente d'ambito rispetto ai Comuni che vi partecipano e sul conseguente trasferimento delle competenze in materia di servizio idrico, si v. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3234, ove si rammenta che la giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha da tempo chiarito che l'ambito territoriale ottimale costituisce struttura organizzativa dotata di distinta soggettività giuridica rispetto al singolo Comune, le cui funzioni in materia di gestione del servizio idrico sono all'ente d'ambito devolute; T.A.R. Toscana, sez. II, 22 aprile 2013, n. 658; Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5788. Nella medesima direzione, e con specifico riguardo al trasferimento delle competenze dagli enti locali all'autorità d'ambito operato dall'art. 148 del d.lgs. n. 152 del 2006, Corte cost., n. 246 del 2009, e, sulla razionalizzazione realizzata dall'art. 2, comma 186-*bis*, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, Corte cost., n. 50 del 2013. Sul principio di unitarietà della gestione cfr. l'art. 147 del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006; in dottrina, sulla governance del

La distinzione può essere espressa in termini sintetici: il controllo analogo opera “a valle”, nel rapporto fra enti soci e organi della società affidataria, mentre le funzioni di organizzazione, regolazione e vigilanza sul servizio operano “a monte” e appartengono agli organi d’ambito e all’autorità di settore. Il primo si colloca entro i confini societari; le seconde in uno spazio amministrativo connotato dall’esercizio di pubblici poteri. Ne discende che il fenomeno patologico non consiste tanto in un’espansione del controllo analogo oltre un confine suo proprio, quanto nel suo eventuale impiego come strumento di riappropriazione, per via societaria, di funzioni amministrative che l’ordinamento ha devoluto ad altro soggetto pubblico.

Il coordinamento dei due piani è particolarmente delicato in materia di personale e costi di funzionamento. L’art. 19, comma 5, t.u.s.p. consente alle amministrazioni controllanti di fissare obiettivi specifici sulle spese di funzionamento, ma impone di tenere conto del settore e delle caratteristiche dell’attività. Nei servizi regolati, un obiettivo di contenimento dei costi non può essere formulato ignorando gli standard tecnici, gli investimenti o i livelli di qualità imposti dall’autorità di regolazione. Il controllo societario deve quindi incorporare il quadro regolatorio, non duplicarlo né contraddirlo. Emblematico, in tal senso, è il caso dell’ente locale che richieda alla propria società un taglio lineare e indifferenziato dei costi di gestione laddove la regolazione impone invece una misurazione analitica delle singole voci: un indirizzo siffatto, oltre a interferire con la possibilità di migliorare l’efficienza del servizio, può esporre il gestore ai meccanismi penalizzanti previsti per i deficit prestazionali in materia di qualità tecnica e contrattuale, con conseguenze economiche di rilievo²⁰.

4. Il superamento del limite funzionale del controllo: imputazione della decisione e profili di responsabilità.

Il passaggio dall’eccesso di controllo alla responsabilità richiede particolare cautela. Non esiste una responsabilità tipica “da cogestione”. L’ingerenza può assumere rilievo soltanto se si inserisce in una fattispecie di responsabilità prevista dall’ordinamento e se ne ricorrono tutti i presupposti. Sul piano civilistico vengono in considerazione gli artt. 2497 ss. c.c.; sul piano contabile, l’art. 12 t.u.s.p. e la disciplina generale della responsabilità amministrativa; sul piano societario, le regole relative alla responsabilità degli amministratori e all’eventuale concorso di soggetti esterni.

L’art. 12, comma 1, t.u.s.p. attribuisce alla Corte dei conti la giurisdizione sul danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*: la disposizione concerne, dunque, gli organi della società e non offre di per sé fondamento a una responsabilità del socio per l’esercizio patologico delle proprie prerogative. La norma che direttamente disciplina quest’ultima ipotesi è il comma 2, ai sensi del quale costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso quello conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, i quali, nell’esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della

servizio idrico integrato fra forme di gestione e salvaguardia delle gestioni esistenti, E. GUARNA ASSANTI, *La governance del servizio idrico integrato tra forme di gestione e salvaguardia delle gestioni esistenti: problemi applicativi e prospettive di riforma della regola e delle eccezioni*, in *Federalismi.it*, 29/2022, 59 ss.

²⁰ L’esempio è tratto ancora da UTILITALIA, *Rapporti tra società partecipate e enti locali*, cit., § 4, ove si dà conto di casi nei quali enti locali soci hanno assegnato alle società affidatarie obiettivi prestazionali divergenti da quelli regolatori e meccanismi di rendicontazione alternativi rispetto a quelli fissati dall’Autorità.

partecipazione²¹. La disposizione presenta, ai fini che qui interessano, due caratteristiche di rilievo. Sotto un primo profilo, individua i soggetti responsabili attraverso una formula deliberatamente ampia - i rappresentanti degli enti partecipanti «o comunque i titolari del potere di decidere per essi» - idonea a ricomprendere, senza forzature, coloro che siedano negli organi cui è demandato l'esercizio del controllo analogo. Sotto un secondo profilo, e si tratta del dato di maggior rilievo sistematico, individua con precisione il danno-evento, identificandolo nel pregiudizio arrecato al valore della partecipazione, e non nel pregiudizio subito dalla società. Non ogni atto gestionale dannoso per il patrimonio sociale si traduce, infatti, in una perdita apprezzabile del valore della quota, tanto più ove la partecipazione sia di entità modesta, come accade nelle società pluripartecipate nelle quali nessun socio detenga quote significative. Non contraddice tale impostazione la disposizione contenuta nell'ultimo periodo del comma 1, che devolve alla Corte dei conti la giurisdizione sulle relative controversie «nei limiti della quota di partecipazione pubblica». Si tratta, propriamente, di una regola di giurisdizione raccordata al danno tipizzato dal comma 2, dalla quale non può trarsi un argomento decisivo sul piano sostanziale. Resta fermo, in definitiva, che l'esercizio delle prerogative del socio

²¹ Art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016, a mente del quale «costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione»; il precedente comma 1, ultimo periodo, devolve alla Corte dei conti, «nei limiti della quota di partecipazione pubblica», la giurisdizione sulle relative controversie. Sul rapporto fra responsabilità erariale e direzione e coordinamento si v. F. FIMMANÒ, *Il sistema delle «responsabilità» derivanti dalla «mala gestio» delle partecipate pubbliche*, in *Soc.*, 11/2022, 1378 ss.; A.M. QUAGLINI, *Società in house e responsabilità del comune per attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. Corte conti*, 3/2021, V, 276 ss. Specificamente dedicato al rapporto fra *in house* e danno erariale alla luce dei principi del nuovo Codice è M.P. GIRACCA, *Società in house e danno erariale. Spunti e prospettive alla luce dei principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2025, 115 ss.; per una rassegna degli orientamenti della magistratura contabile in materia di società pubbliche si v. A. IADECOLA, *Le società pubbliche nella giurisprudenza della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 6/2023, I, 42 ss., e, con specifico riguardo agli approdi più recenti, E. PELAGALLI, *Gli approdi della giurisprudenza contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società in house*, ivi, 2/2025, I, 51 ss.; sul riparto di giurisdizione, A. SCARPA, *Società in house e riparto di giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3/2024, I, 460 ss. e C. PECORARO, *Sulla responsabilità degli amministratori delle società c.d. in house tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile: interessi rilevanti e tecniche di tutela*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 12/2020, 1605 ss.; I. GENUESSI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, Torino, 2020. Sull'esigenza di contrastare il fenomeno della cattiva gestione di società pubbliche e dunque del significativo dispendio di risorse collettive, nonché sul tentativo di individuare altri spazi di intervento del giudice contabile, L. CARBONE, *Ancora incertezze sul danno da cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (nota a C. conti, sez. Lazio, 10 gennaio 2017, n. 4 e C. conti, sez. II App., 21 febbraio 2019, n. 43)*, in *lexitalia.it*, 6/2019. Da ultimo, e con specifico riguardo alla posizione del socio pubblico, E. CODAZZI, *La responsabilità del socio pubblico oltre lo schermo della società in house: spunti e suggestioni alla luce della giurisprudenza CEDU sulle società dipendenti dallo Stato*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1/2025, 56 ss.; E. RIVOLA, M. ORSETTI, *La responsabilità per mala gestio degli amministratori della società in house e dell'ente socio*, in *Azienditalia*, 11/2023, 1346 ss. Per una trattazione organica del tema si v. inoltre S. FRANCA, *Responsabilità e «mala gestio» nelle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 3/2025, 913 ss., e A.A. RINALDI, *Amministrazione e gestione delle società a partecipazione pubblica tra TUSP e Codice della crisi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 6/2025, 985 ss.; F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 282 ss.; nel dibattito successivo al testo unico restano fondamentali M. PERRINO, *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. soc.*, 1/2019, I, 15 ss. e C. IBBA, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2017, 649 ss.

pubblico non è un'area sottratta alla responsabilità, ma non consente di sovrapporre automaticamente responsabilità erariale e responsabilità da direzione e coordinamento.

La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto il dovere dell'ente pubblico di utilizzare le prerogative di socio per tutelare il valore della partecipazione, attribuendo rilievo anche alle condotte omissive. Non sarebbe però corretto ricavare da tale principio un automatismo opposto, secondo il quale l'eccesso di controllo sarebbe sempre fonte di responsabilità. L'omissione e l'ingerenza devono essere valutate secondo i rispettivi doveri violati e soprattutto secondo il nesso causale con il danno²².

L'eccesso di controllo può assumere rilievo quando la determinazione del socio abbia imposto o condizionato una scelta pregiudizievole. In tal caso, la domanda non è più se il socio abbia controllato "troppo", ma se abbia concretamente concorso alla produzione dell'evento dannoso. La ricostruzione deve individuare il contenuto dell'atto di indirizzo o del parere, il margine di autonomia residuo degli amministratori, la prevedibilità del pregiudizio e il grado di conoscenza degli elementi rilevanti. Solo a valle di tale analisi può porsi il problema del titolo di responsabilità.

La stessa logica vale sul piano dell'art. 2497 c.c. L'ente pubblico che esercita attività di direzione e coordinamento non risponde perché dirige, ma perché dirige in violazione dei principi di corretta gestione e provoca un pregiudizio. La distinzione è essenziale per evitare che la responsabilità diventi un fattore di paralisi del controllo analogo. L'ente deve poter impartire direttive anche incisive sulle scelte strategiche; ciò che l'ordinamento non può tollerare è l'uso di tali poteri in modo irragionevole, incoerente o dannoso.

Più delicata è la posizione dei singoli componenti del comitato di controllo analogo. Se il comitato svolge funzioni puramente istruttorie o consultive, il suo contributo alla decisione finale può essere mediato e non determinante. Se, invece, esprime un parere vincolante senza il quale l'organo amministrativo non può procedere, la posizione cambia: il voto favorevole può entrare nella catena causale della decisione e, allorché quest'ultima sia produttiva di un pregiudizio, sarà necessario accertare individualmente la relativa responsabilità.

L'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 20 del 1994 stabilisce, per le deliberazioni degli organi collegiali, che la responsabilità si imputa a coloro che hanno espresso voto favorevole. La disposizione non può essere trasposta meccanicamente a un comitato di controllo analogo, la cui natura può variare in base alla fonte istitutiva e alle funzioni attribuite. Essa dimostra tuttavia che la collegialità non dissolve l'apporto personale: occorre verificare il voto espresso e la sua incidenza sulla formazione della volontà dell'organo²³.

Sul piano civilistico, l'art. 2497, comma 2, c.c. estende la responsabilità solidale a chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo. La disposizione offre una categoria particolarmente utile per leggere le situazioni nelle quali un soggetto formalmente esterno all'organo amministrativo concorre sostanzialmente alla determinazione dannosa. Anche in questo caso, tuttavia, il richiamo ha valore

²² Sulla rilevanza erariale della condotta, anche omissiva, del rappresentante dell'ente pubblico partecipante che si traduca in un pregiudizio al valore della partecipazione, si v. Cass., Sez. Un., 28 giugno 2018, n. 17188.

²³ Art. 1, comma 1-ter, primo periodo, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, a mente del quale «nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole». La regola costituisce un rilevante riferimento sistematico, pur non essendo automaticamente trasferibile a qualsiasi organismo societario o parasocietario. Sul regime del concorso cfr. i commi 1-*quater* e 1-*quinquies* del medesimo articolo. Sul tema della responsabilità connessa alla partecipazione al momento deliberativo nelle società pubbliche e sui rapporti fra gestione strategica e imputazione delle decisioni, si v. I. KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società «pubbliche»: statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2/2019, 430 ss.

ricostruttivo e non consente di affermare che il componente del comitato risponda automaticamente *ex art. 2497* per il solo voto espresso²⁴.

Che si tratti di rilievo meramente ricostruttivo, e non di norma trasponibile nel giudizio contabile, è del resto confermato dal regime del concorso di più agenti. L'art. 1, comma 1-*quater*, della legge n. 20 del 1994 impone alla Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, di condannare ciascuno per la parte che vi ha preso, mentre il comma 1-*quinqüies* riserva la solidarietà ai soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo. La responsabilità solidale che l'art. 2497, comma 2, c.c. prevede quale regola non trova dunque corrispondenza nell'ordinamento contabile, ove la solidarietà costituisce eccezione: la trasposizione meccanica della disposizione civilistica condurrebbe a un esito incompatibile con la struttura stessa della responsabilità amministrativa.

Allo stato, non risulta consolidato un orientamento giurisprudenziale che abbia affermato in termini generali la responsabilità erariale del componente di un comitato di controllo analogo per il voto favorevole espresso su un singolo atto gestorio produttivo di un danno erariale. L'assenza di un orientamento consolidato delimita precisamente lo spazio nel quale si colloca la proposta ricostruttiva. Il punto non è inventare una nuova responsabilità, ma verificare se le regole esistenti sul concorso causale, sulla collegialità e sulla partecipazione al fatto lesivo possano operare quando il parere abbia efficacia realmente conformativa.

Un termine di confronto utile è offerto, in proposito, dalla giurisprudenza contabile, che, nell'esaminare il sistema dei controlli sulle società partecipate, ne considera l'articolazione in momenti *ex ante*, concomitanti ed *ex post*, rilevando, nel caso sottoposto al suo esame, criticità connesse all'assenza di adeguate direttive e misure di controllo²⁵. La pronuncia riguarda, per il suo oggetto immediato, l'ipotesi speculare a quella qui esaminata - il mancato o inadeguato esercizio dei poteri di controllo da parte dell'amministrazione socia - e non affronta il diverso problema delle conseguenze riconducibili a pareri vincolanti; offre, tuttavia, uno spunto di interesse nella misura in cui la descritta articolazione temporale dei controlli consente di distinguere l'intensità del controllo dalla necessità di un intervento preventivo sul singolo atto di gestione. Se la programmazione del fabbisogno può essere assoggettata a controllo *ex ante* e la verifica dei singoli reclutamenti collocata nella fase successiva, se ne può trarre, su un piano più generale, l'indicazione che tra autorizzazione preventiva del singolo atto e assenza di controllo non sussiste un'alternativa necessaria: l'interesse pubblico può essere presidiato attraverso tecniche diversamente collocate nella sequenza decisionale, senza trasferire all'ente socio l'assunzione della singola scelta gestoria.

Ogni ricostruzione attuale dei profili contabili deve misurarsi con la legge 7 gennaio 2026, n. 1, entrata in vigore il 22 gennaio 2026, che ha modificato in modo significativo l'art. 1 della legge n. 20 del 1994. La riforma introduce una definizione legislativa della colpa grave, facendo riferimento alla violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, al travisamento del fatto e ad altre ipotesi tipizzate, e precisa i criteri per valutare la manifesta violazione. La nuova disciplina incide

²⁴ Sulla responsabilità solidale di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo, e sulla sua declinazione nel contesto delle società a partecipazione pubblica, si v. l'art. 2497, comma 2, c.c., nonché F. FIMMANÒ, *Le «pluri-responsabilità» connesse e collegate di organi sociali delle partecipate e degli amministratori e dirigenti degli enti pubblici soci nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. Corte conti*, 5/2022, I, 1 ss.; ID., *Il sistema delle «responsabilità»*, cit.

²⁵ Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 30 maggio 2025, n. 277.

direttamente sul modo in cui può essere costruita la responsabilità dei soggetti che partecipano al controllo²⁶.

La conseguenza è duplice. Da un lato, diventa ancora meno sostenibile qualsiasi automatismo tra violazione organizzativa e responsabilità erariale: occorre individuare una norma o un dovere sufficientemente chiaro, la sua manifesta violazione e il nesso causale con il danno. Dall'altro lato, la formalizzazione dei processi decisionali assume maggiore importanza, perché consente di ricostruire quali informazioni fossero disponibili, quale margine di scelta residuasse e se il soggetto abbia agito in conformità a indirizzi giurisprudenziali o pareri competenti.

Quest'ultimo profilo merita, nel contesto qui esaminato, un approfondimento specifico. La riforma ha infatti stabilito che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti²⁷. Ove si ritenesse tale disposizione applicabile all'organo amministrativo che si sia conformato al pronunciamento vincolante del comitato - questione tutt'altro che scontata, giacché il comitato di controllo analogo non è pacificamente qualificabile come «autorità competente» nel senso richiesto dalla norma -, si porrebbe allora, sul piano sistematico, il problema di verificare se e a quali condizioni le conseguenze della decisione possano essere ricondotte anche ai soggetti che abbiano concorso a determinarne il contenuto attraverso il pronunciamento vincolante: diversamente opinando, si verrebbe a configurare un'area di sostanziale irresponsabilità, nella quale l'amministratore risulta esente da colpa grave per essersi conformato e il conformante risulta estraneo alla vicenda per avere reso un mero parere. Il rilievo, va precisato, non consente di per sé di affermare la responsabilità del componente, ma indica una tensione sistematica che il futuro assestamento interpretativo dovrà affrontare.

L'obiezione più seria che può essere mossa a tale argomento attiene alla qualificazione del comitato. La disposizione si riferisce ai «pareri delle autorità competenti», formula che evoca l'apparato amministrativo e sembra presupporre un soggetto esterno, istituzionalmente investito di una funzione consultiva qualificata; il comitato di controllo analogo è invece organo di fonte statutaria, interno al rapporto societario, e i suoi componenti agiscono in rappresentanza degli enti soci. Sotto questo profilo l'esimente non parrebbe applicabile e l'amministratore che si sia conformato resterebbe pienamente esposto.

²⁶ Legge 7 gennaio 2026, n. 1, in *G.U.* 7 gennaio 2026, n. 4, vigente dal 22 gennaio 2026. Per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1.1), l'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994 dispone ora che «costituisce colpa grave la violazione manifesta delle norme di diritto applicabili, il travisamento del fatto, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento». La riforma interviene inoltre sul concorso dell'amministrazione nella produzione del danno, sul potere riduttivo e sulla decorrenza della prescrizione, che muove ora dal fatto dannoso «indipendentemente dal momento in cui l'amministrazione o la Corte dei conti sono venuti a conoscenza del danno». In generale, sul tema, si v. E. AMANTE, *Prime note sulla L. n. 1/2026 in tema di responsabilità erariale e funzioni della Corte dei conti*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2026, 201 ss.; M.C. CAVALLARO, *La riforma della Corte dei Conti e la nuova struttura del danno erariale, nella prospettiva della 'burocrazia difensiva'*, in *Studium iuris*, 3/2026, 253 ss.; nonché, in una fase anteriore all'approvazione definitiva della legge, F. PUBUSA, *Le modifiche alla disciplina della Corte dei conti: gli effetti sulla funzione amministrativa e sui diritti dei cittadini*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2025, 239 ss.

²⁷ Il periodo, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1.1), della legge n. 1 del 2026, chiude oggi il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994: «Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».

Anche accedendo a tale lettura restrittiva, tuttavia, il problema non si dissolve, ma si sposta. Se l'amministratore risponde di una determinazione che non poteva legittimamente rifiutare, e il soggetto che quella determinazione ha imposto resta estraneo al giudizio, la responsabilità viene allocata in capo a chi non deteneva il potere decisionale effettivo: esito che contraddice il principio di personalità della responsabilità amministrativa e, prima ancora, la logica dell'imputazione causale. Se invece si ritiene l'esimente applicabile in ragione della natura sostanzialmente conformativa del pronunciamento, allora la risalita a chi lo ha reso diventa condizione perché la fattispecie non resti priva di qualsiasi imputazione. In entrambe le direzioni, dunque, la disciplina introdotta nel 2026 rende più difficile mantenere la posizione tradizionale, secondo cui il componente dell'organo di controllo resterebbe in ogni caso estraneo alle conseguenze della decisione alla cui formazione ha concorso in modo determinante.

Non si intende con ciò affermare che la riforma abbia introdotto una responsabilità dei componenti del comitato: essa non lo ha fatto, né espressamente né implicitamente. Si intende osservare che essa ha reso più visibile un'asimmetria fra titolarità sostanziale del potere e imputazione della responsabilità, la quale preesisteva ma poteva restare in ombra finché l'ordinamento non attribuiva rilievo espresso alla conformazione a pareri. È in questo spazio, e non in una pretesa applicazione diretta della norma, che si colloca la proposta ricostruttiva qui avanzata.

Occorre infine dare conto di un profilo che incide sulla rilevanza pratica della ricostruzione. La medesima riforma ha introdotto un obbligo di esercizio del potere riduttivo che, salvi i casi di dolo o di illecito arricchimento, impone di porre a carico del responsabile un importo non superiore al trenta per cento del pregiudizio accertato e, comunque, non superiore al doppio della retribuzione lorda conseguita nell'anno di inizio della condotta lesiva ovvero al doppio del corrispettivo o dell'indennità percepiti per la funzione o l'ufficio svolti²⁸. Applicata a componenti di comitati spesso non remunerati, o titolari di indennità di modesta entità, la disposizione riduce considerevolmente la portata risarcitoria della responsabilità qui prospettata. Il rilievo non priva tuttavia la ricostruzione della sua utilità, poiché la questione affrontata in queste pagine non è primariamente risarcitoria bensì qualificatoria: si tratta di stabilire se, e a quali condizioni, il superamento del confine funzionale del controllo costituisca condotta giuridicamente rilevante, con conseguenze che si dispiegano soprattutto sul piano dell'assetto organizzativo e della chiarezza nell'imputazione delle decisioni.

La riforma è, peraltro, già sottoposta al vaglio della Corte costituzionale. Nel corso del 2026 la magistratura contabile ha sollevato plurime questioni concernenti, tra l'altro, la nuova definizione della colpa grave, la disciplina transitoria e i limiti alla quantificazione del danno addebitabile. La ricostruzione del nuovo regime deve pertanto tenere conto del carattere ancora non stabilizzato del relativo quadro normativo²⁹.

²⁸ Sui limiti quantitativi introdotti dalla riforma cfr. l'art. 1, comma 1-octies, della legge n. 20 del 1994, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 5), della legge n. 1 del 2026.

²⁹ Sulla nuova disciplina sono state già sollevate questioni di legittimità costituzionale dalla magistratura contabile. V., in particolare, Corte dei conti, sez. II giur. centr. app., ord. 12 maggio 2026, n. 87 reg. ord. 2026, in *G.U.*, 1^a Serie spec., 10 giugno 2026, n. 23, avente ad oggetto, tra l'altro, l'art. 1, commi 1-bis e 1-octies, l. 14 gennaio 1994, n. 20, come novellati dalla l. 7 gennaio 2026, n. 1, in combinato disposto con l'art. 6 della medesima legge; nonché Corte dei conti, sez. II giur. centr. app., ord. 23 aprile 2026, n. 108 reg. ord. 2026, in *G.U.*, 1^a Serie spec., 8 luglio 2026, n. 27. Sulle ulteriori questioni concernenti il limite quantitativo introdotto dall'art. 1, comma 1-octies, l. n. 20/1994, v. altresì le ordinanze iscritte ai nn. 109 e 110 reg. ord. 2026. Le questioni investono, sotto plurimi parametri costituzionali, anche la previsione secondo cui, fuori dai casi di dolo o illecito arricchimento, il danno posto a carico del responsabile non può eccedere il trenta per cento del

Per la tesi qui sostenuta, la riforma rafforza soprattutto un'esigenza metodologica: separare il giudizio sulla corretta delimitazione del controllo dal giudizio di responsabilità. Un regolamento può essere organizzativamente discutibile perché attribuisce al comitato poteri eccessivamente gestori; ciò non significa che ogni componente risponda di ogni danno verificatosi. La responsabilità richiede un secondo livello di analisi, individualizzato e causale, che non può essere sostituito dalla critica al modello organizzativo.

Le società *in house* presentano spesso processi decisionali multilivello: l'ufficio della società istruisce, l'amministratore propone, il comitato esprime un parere, l'assemblea formula un indirizzo, l'organo amministrativo adotta l'atto. In tale sequenza, l'individuazione della causa del danno non può essere risolta attribuendo responsabilità a tutti i soggetti coinvolti. Occorre distinguere i contributi meramente preparatori da quelli che hanno condizionato in modo necessario o rilevante la decisione finale, a sua volta produttiva di un danno erariale³⁰.

Il carattere vincolante del parere assume qui un ruolo centrale, ma non esclusivo. Se il parere favorevole costituisce condizione necessaria per procedere, esso rappresenta un antecedente causale importante; tuttavia, l'organo amministrativo può conservare margini di scelta ulteriori, relativi alle modalità di attuazione. Viceversa, un parere formalmente non vincolante può, in concreto, risultare determinante quando proviene dal soggetto che esercita il controllo e l'amministratore non dispone realisticamente di uno spazio per discostarsene. La ricostruzione deve quindi guardare alla sostanza del rapporto, non soltanto alla formula utilizzata nel regolamento.

Un problema connesso riguarda l'affidamento dell'amministratore sulle determinazioni del socio. L'amministratore di una società *in house* non può considerare il parere del comitato come un'esimente generale. Conserva doveri propri e, quando la decisione imposta appaia manifestamente illegittima o pregiudizievole, deve utilizzare gli strumenti disponibili: richiesta di riesame, verbalizzazione del dissenso, acquisizione di pareri, eventuale rifiuto di dare esecuzione a direttive incompatibili con la legge. La specialità dell'*in house* non trasforma l'amministratore in un esecutore irresponsabile.

Al tempo stesso, sarebbe irragionevole ignorare il grado di vincolo istituzionale al quale l'amministratore è sottoposto. Se lo statuto e il regolamento attribuiscono al comitato un potere vincolante e la decisione è stata assunta sulla base di un'istruttoria apparentemente regolare, la valutazione della colpa dell'amministratore deve tenere conto del contesto. La responsabilità non può essere ricostruita come se egli avesse operato in piena autonomia. Anche per questo, un assetto che attribuisce al socio poteri gestori senza chiarire le conseguenze sulla responsabilità è intrinsecamente problematico.

La riforma del 2026 accentua l'importanza di questo profilo, poiché la nuova definizione della colpa grave considera il grado di chiarezza delle norme violate e l'inescusabilità dell'inosservanza. In un sistema di *governance* ambiguo, nel quale statuto e regolamento trasmettono segnali contrastanti,

pregiudizio accertato e, comunque, il limite parametrato al doppio della retribuzione, del corrispettivo o dell'indennità individuati dalla disposizione.

³⁰ Sulla necessità di individualizzare la condotta e il contributo causale nella responsabilità amministrativa v. l'art. 1, comma 1, primo periodo, della legge n. 20 del 1994, a mente del quale la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti «è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave», nonché, sul piano processuale, gli artt. 51 e 87 del codice di giustizia contabile di cui al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

l'accertamento dell'elemento soggettivo diventa inevitabilmente più complesso. La prevenzione della responsabilità passa quindi anche attraverso la chiarezza delle regole organizzative³¹.

Il medesimo ragionamento vale per i componenti del comitato. Non tutti dispongono necessariamente delle stesse competenze tecniche o delle stesse informazioni; la responsabilità individuale richiede di verificare il ruolo concretamente svolto, l'eventuale posizione di relatore, la disponibilità dei documenti, le osservazioni formulate e il voto espresso. La collegialità non può essere utilizzata né per estendere automaticamente la responsabilità né per dissolverla. La tracciabilità del processo deliberativo è dunque essenziale.

Da un punto di vista organizzativo, ne discende il rilievo di verbalizzazioni non meramente formali, nelle quali si dia conto delle principali ragioni della decisione, delle eventuali posizioni dissenzianti e degli elementi istruttori considerati, soprattutto quando il comitato interviene su operazioni di particolare rilievo. Una simile prassi migliora la qualità del controllo e, al contempo, rende possibile una più corretta ricostruzione delle responsabilità, evitando imputazioni fondate soltanto sulla presenza alla seduta.

La stessa logica induce a distinguere tra controllo preventivo di legittimità e controllo di merito. Se il comitato verifica la conformità dell'atto a un piano, a un budget o a un indirizzo già approvato, il suo intervento può avere natura di presidio; se sceglie fra alternative imprenditoriali sulla base di valutazioni di convenienza, entra invece nel merito della gestione. La differenza incide sia sul perimetro del controllo sia sulla ricostruzione del contributo causale in caso di danno, nonché sulla stessa configurabilità di una responsabilità amministrativa, attesa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali³².

L'analisi della responsabilità richiede un ulteriore approfondimento sul nesso causale. La presenza di un parere vincolante non consente, da sola, di imputare al comitato ogni conseguenza dell'atto successivamente adottato. Occorre verificare quale parte della decisione sia stata effettivamente determinata dal pronunciamento e quale sia rimasta affidata all'organo amministrativo. Un parere che autorizzi genericamente un'operazione lascia agli amministratori la scelta delle condizioni, del contraente e delle modalità esecutive; un parere che prescriva puntualmente tali elementi presenta, invece, una capacità causale assai maggiore.

La causalità deve essere ricostruita anche in relazione alle informazioni disponibili al momento della decisione. Il giudizio di responsabilità non può trasformarsi in una valutazione retrospettiva fondata esclusivamente sull'esito negativo dell'operazione. Per stabilire se il voto favorevole sia rimproverabile occorre considerare il quadro istruttorio, le alternative concretamente prospettate, la chiarezza delle norme applicabili e gli eventuali pareri tecnici acquisiti. Tale esigenza risulta ancora più evidente dopo la riforma del 2026, che ha inteso tipizzare con maggiore precisione la colpa grave.

Soccorre in proposito un criterio già noto all'esperienza giuridica in materia di deliberazioni collegiali, quello della cosiddetta prova di resistenza, elaborato con riguardo alla validità dell'atto ma suscettibile di utile impiego anche sul terreno dell'imputazione: come la deliberazione conserva validità quando il voto del componente la cui investitura sia contestata non sia risultato determinante ai

³¹ Legge n. 1 del 2026, art. 1, modificativo dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994: ai fini della violazione manifesta assumono rilievo, tra l'altro, il grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché l'inescusabilità e la gravità dell'inosservanza.

³² Sull'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali v. l'art. 1, comma 1, primo periodo, della legge n. 20 del 1994.

fini della formazione della maggioranza³³, così l'apporto individuale al pronunciamento vincolante può dirsi causalmente rilevante soltanto ove il voto abbia concorso in modo necessario a quella formazione. Il criterio ha il pregio di trasformare la nozione, altrimenti impressionistica, di partecipazione alla decisione in un accertamento verificabile.

Particolare rilievo assume il dissenso. In un organo collegiale il voto contrario, se adeguatamente verbalizzato, delimita l'apporto del singolo alla decisione; allo stesso modo, l'astensione non può essere valutata automaticamente in senso liberatorio o incriminante, ma deve essere letta alla luce dei doveri che gravavano sul componente e delle ragioni dell'astensione. Ne deriva l'importanza di verbali che registrino non soltanto l'esito numerico della votazione, ma anche le principali osservazioni formulate dai partecipanti.

Un problema ulteriore riguarda l'affidamento del componente sulle valutazioni tecniche degli uffici o degli amministratori. La complessità delle società *in house*, soprattutto nei servizi a rete, rende inevitabile che il comitato si avvalga di istruttorie predisposte da strutture specialistiche. L'affidamento non può essere incondizionato, ma la sua ragionevolezza deve essere valutata in concreto. Pretendere che ogni componente ripeta integralmente le verifiche tecniche trasformerebbe il controllo collegiale in un'attività impossibile; ignorare segnali evidenti di criticità produrrebbe l'effetto opposto.

Questi elementi confermano che la responsabilità non può essere costruita come conseguenza automatica dell'eccesso di controllo. L'eccesso rileva perché può collocare il componente dentro il processo causale della decisione, ma l'imputazione richiede comunque la verifica della condotta individuale. La tesi proposta non amplia indiscriminatamente l'area della responsabilità; mira piuttosto a rendere coerente l'imputazione con l'effettiva distribuzione del potere. Se il comitato decide realmente, non può essere trattato come soggetto del tutto estraneo; se si limita a controllare, non può essere equiparato all'amministratore.

5. Le ricadute sul modello organizzativo dell'*in house*: verso una graduazione funzionale degli strumenti di controllo.

Le conclusioni raggiunte hanno anzitutto una ricaduta sulla progettazione degli strumenti di *governance*. Statuto, patti parasociali, convenzioni fra enti e regolamenti del controllo analogo dovrebbero essere letti come parti di un unico sistema. La loro incoerenza può produrre tanto un deficit di controllo quanto un eccesso di ingerenza. Ne discende il rilievo di una verifica periodica di coerenza fra tali strumenti, soprattutto dopo modifiche normative o significativi mutamenti organizzativi.

Un secondo ordine di conseguenze riguarda le tecniche di controllo. La programmazione rappresenta lo strumento principale per conciliare influenza pubblica e autonomia gestoria. Attraverso il piano industriale, il budget, il programma degli investimenti, il piano del personale e gli obiettivi di servizio, il socio può definire preventivamente il perimetro entro il quale gli amministratori sono

³³ La trasposizione del criterio dal piano della validità della deliberazione a quello dell'imputazione del contributo causale costituisce proposta ricostruttiva qui avanzata e non principio affermato dalle pronunce di seguito richiamate. Il criterio è pacificamente impiegato con riguardo alla validità delle deliberazioni collegiali adottate con il concorso di un componente la cui investitura sia contestata e opera indipendentemente dalla teoria del funzionario di fatto, alla quale la giurisprudenza ricorre per salvaguardare l'efficacia degli atti compiuti da soggetti la cui nomina risulti invalida: si v., fra le tante, T.A.R. Liguria, sez. II, 5 dicembre 2024, n. 836; Cass., Sez. Un., ord. 11 febbraio 2022, n. 4512; Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2017, n. 5092.

chiamati ad agire. Quanto più tali strumenti sono precisi e misurabili, tanto minore è la necessità di autorizzare successivamente i singoli atti.

Le considerazioni svolte consentono di proporre, in chiave ricostruttiva, una tipizzazione degli strumenti di controllo articolata su più livelli³⁴. Un primo livello è quello dell'informazione: accesso ai documenti, report periodici, indicatori economici e di servizio, comunicazioni su eventi rilevanti. Si tratta del presupposto minimo di ogni controllo effettivo e dovrebbe essere garantito in modo stabile, con flussi standardizzati che evitino richieste estemporanee e ridondanti.

Un secondo livello è quello della programmazione e dell'indirizzo. Vi rientrano l'approvazione del piano industriale, del budget, dei programmi di investimento, degli obiettivi di qualità, delle politiche generali del personale e delle linee in materia di approvvigionamenti. Questo livello costituisce il cuore del controllo analogo, perché consente al socio di determinare il quadro nel quale l'attività della società deve svolgersi. La qualità degli strumenti programmatori riduce la necessità di interventi successivi sul singolo atto.

Un terzo livello è quello della consultazione preventiva. Per decisioni che presentano profili di particolare rilievo ma non giustificano un veto, il regolamento può prevedere un parere obbligatorio non vincolante o un obbligo di informativa preventiva. L'amministratore resta titolare della decisione, ma deve confrontarsi con le osservazioni del socio e, se ne discosta, può essere tenuto a motivare. Questo strumento conserva la responsabilità gestoria e, al contempo, consente al controllo di intervenire prima che la scelta divenga irreversibile.

Un quarto livello è quello dell'autorizzazione o del veto. Esso si giustifica in relazione alle decisioni fondamentali e alle operazioni capaci di modificare significativamente l'assetto della società o del servizio: operazioni straordinarie, investimenti fuori piano di grande rilievo, indebitamento eccezionale, modifiche strutturali dell'organizzazione, atti che incidono sull'affidamento o sugli obblighi essenziali del servizio. In questi casi la compressione dell'autonomia gestoria è giustificata dalla natura stessa della decisione.

Un quinto livello è quello del controllo concomitante e correttivo. Quando l'attuazione di un piano mostra scostamenti significativi, il comitato deve poter chiedere chiarimenti, imporre misure correttive sugli obiettivi e, se necessario, sottoporre nuovamente al socio le scelte strategiche. Il potere correttivo è essenziale per evitare che la programmazione si riduca a un adempimento iniziale privo di seguito. Anche qui, tuttavia, la correzione dovrebbe riguardare il risultato e il quadro di riferimento, lasciando agli amministratori la scelta delle misure esecutive salvo casi eccezionali.

Un sesto livello è quello del controllo *ex post*, che comprende la verifica dei risultati, della conformità alle direttive, dell'efficienza delle procedure e degli scostamenti. Il controllo successivo

³⁴ La tipizzazione proposta nel testo ha natura ricostruttiva e non corrisponde a una classificazione normativa. Essa è ricavata combinando la scansione temporale dei controlli sugli organismi partecipati - controllo *ex ante*, concomitante ed *ex post* - quale emerge dalla prassi dei controlli e da Corte dei conti, sez. giur. Lazio, n. 277 del 2025, cit.; gli obblighi organizzativi e informativi previsti dagli artt. 6 e 19 t.u.s.p.; e la strumentazione statutaria e parasociale descritta da V. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, *Le società in house*, cit., spec. 98 ss. e da F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017, 197 ss. Sulla graduazione delle deroghe in funzione del risultato perseguito si v. altresì E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e «proporzionalità delle deroghe»*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2019, 127 ss.

non è una forma debole: se collegato a indicatori chiari e a conseguenze organizzative, può incidere fortemente sulla condotta futura degli amministratori. Esso consente inoltre di apprendere dall'esperienza, modificando piani e procedure senza appesantire preventivamente ogni decisione.

Questa tipizzazione mostra che il controllo analogo non è un potere unitario da esercitare sempre con la stessa intensità. È un sistema di strumenti differenziati. La scelta del livello dipende dall'oggetto, dal rischio, dalla rilevanza strategica e dal grado di discrezionalità, e la sua esplicitazione impedisce che il parere vincolante divenga la risposta standard a qualsiasi esigenza di controllo.

Dalla ricostruzione svolta può essere tratto, quale sviluppo del criterio di proporzionalità già enunciato nel § 2, un criterio generale di proporzionalità organizzativa³⁵. Il controllo analogo deve essere sufficientemente intenso da garantire l'influenza determinante richiesta dall'ordinamento, ma ciascuno strumento dovrebbe essere adeguato e necessario rispetto all'obiettivo perseguito. La preventiva autorizzazione del singolo atto è giustificata quando strumenti meno invasivi non consentano di presidiare una decisione realmente significativa; diventa difficilmente giustificabile quando il medesimo risultato può essere ottenuto attraverso programmazione, soglie di allerta e verifica degli scostamenti.

Il riferimento alla proporzionalità non implica l'applicazione meccanica del test elaborato per i provvedimenti amministrativi. Esprime, piuttosto, un criterio di buona organizzazione: il potere di controllo deve essere calibrato sul rischio e sull'importanza della decisione. Tale criterio è particolarmente utile nelle società pluripartecipate, nelle quali la complessità del procedimento collegiale può rendere assai costoso sottoporre al comitato un numero elevato di atti. La selettività diventa allora condizione della stessa effettività, perché consente all'organo di concentrare tempo e competenze sulle questioni realmente decisive.

La medesima impostazione offre, infine, un criterio per affrontare le società *in house* pluripartecipate. Nel controllo congiunto il rischio di confondere influenza strategica e microgestione è accentuato dalla necessità di assicurare a una pluralità di enti una partecipazione effettiva alla formazione dell'indirizzo comune. La risposta non può consistere nella trasposizione, su ogni atto operativo, di una procedura collegiale tra soci, perché ciò renderebbe la gestione dipendente da un circuito decisionale inevitabilmente più lento e potrebbe alterare la stessa razionalità economica dell'organizzazione societaria. La funzione degli organismi comuni di controllo dovrebbe essere, piuttosto, quella di comporre gli interessi pubblici dei soci e tradurli in obiettivi unitari, verificando poi che l'organo amministrativo vi dia attuazione. La giurisprudenza che ammette strumenti comuni di coordinamento per l'approvazione degli atti fondamentali può essere letta proprio in questa direzione: l'effettività del controllo congiunto richiede una sede nella quale l'influenza dei soci divenga decisione comune, non una duplicazione generalizzata dell'amministrazione della società³⁶. Anche sotto questo

³⁵ Il criterio è qui proposto in chiave organizzativa e non quale trasposizione del test di proporzionalità elaborato per i provvedimenti amministrativi: esso opera come canone di buona progettazione della *governance*, ricavato dalla funzione strumentale che l'art. 16 t.u.s.p. assegna alle deroghe e dal principio di auto-organizzazione di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 36 del 2023. In termini analoghi, sulla necessità che l'ampiezza della deroga sia commisurata al controllo che la giustifica, E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo*, cit., spec. 140 ss.

³⁶ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2025, n. 416, cit. e a Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18623, cit. Va peraltro precisato che la prima pronuncia continua a impiegare formule tradizionali di segno marcatamente strumentale, sicché essa è qui richiamata unicamente per il rilievo attribuito agli strumenti comuni di coordinamento in vista dell'approvazione degli atti fondamentali della vita sociale e non quale conferma della tesi qui sostenuta in punto di autonomia gestoria. In dottrina, sulle difficoltà del controllo congiunto nelle società

profilo, dunque, il confine tra controllo e gestione non rappresenta un limite esterno imposto alla specialità dell'*in house*, ma una condizione per rendere coerenti influenza pubblica, autonomia organizzativa e imputazione delle responsabilità.

Ne deriva anche una diversa lettura del rapporto tra controllo *ex ante* e responsabilità. L'idea secondo cui l'estensione preventiva del controllo rappresenterebbe sempre la soluzione più prudente muove da una premessa solo apparentemente rassicurante: che la moltiplicazione dei passaggi decisionali riduca il rischio. Nelle organizzazioni complesse può verificarsi l'opposto. Se l'amministratore è chiamato ad acquisire un assenso vincolante su una scelta che l'ordinamento gli attribuisce, la responsabilità della decisione tende a distribuirsi tra una pluralità di soggetti senza che siano altrettanto chiaramente distribuiti poteri istruttori, competenze tecniche e doveri di motivazione. Il controllo può così produrre una zona di opacità anziché un incremento della garanzia³⁷. Per questa ragione, l'effettività dovrebbe essere valutata anche in termini di qualità dell'architettura decisionale: chiarezza dell'oggetto dell'indirizzo, preventiva definizione degli obiettivi, disponibilità di informazioni adeguate, tracciabilità degli scostamenti, possibilità di intervento correttivo e identificabilità del soggetto cui compete la decisione finale. Un controllo che soddisfi tali condizioni può risultare più penetrante, sul piano sostanziale, di una sequenza di autorizzazioni riferite a singoli atti, poiché consente al socio di governare l'orientamento della società senza disperdere la responsabilità della gestione.

Questa prospettiva appare coerente con la qualificazione dell'*in house* quale modalità di auto-organizzazione sottoposta a condizioni precise³⁸. La maturità del modello non si misura dalla quantità di vincoli imposti alla società, ma dalla capacità di costruire un rapporto nel quale l'ente conserva il dominio sulle finalità e sulle scelte fondamentali e la società dispone degli strumenti per realizzarle responsabilmente.

La ricostruzione proposta consente, a questo punto, di precisare un aspetto che attraversa l'intera disciplina e che rischia altrimenti di rimanere sullo sfondo. La specialità della società *in house* non consiste nella soppressione delle categorie societarie, bensì nella loro conformazione in funzione della relazione organizzativa con l'amministrazione affidante. È precisamente questa conformazione, e non la sostituzione indiscriminata delle regole comuni, a spiegare perché l'art. 16 t.u.s.p. ammetta deroghe alla competenza gestoria e, nello stesso tempo, non trasformi il socio in amministratore necessario di ogni operazione³⁹. La deroga deve rimanere funzionale al risultato che la giustifica: rendere effettiva

pluripartecipate, S. RICETTO, *Affidamenti in-house e controllo analogo congiunto*, cit. e C. GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate*, cit.

³⁷ Il rilievo si collega alle considerazioni svolte *supra*, § 4, sulla necessaria individualizzazione del contributo causale: la moltiplicazione dei momenti di assenso incide sulla ricostruzione dell'apporto individuale senza che a essa corrisponda una parallela distribuzione dei poteri istruttori. Sul rapporto fra partecipazione al momento deliberativo e imputazione delle decisioni si v. I. KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società «pubbliche»*, cit.; sulle «pluri-responsabilità» connesse alla gestione delle partecipate, F. FIMMANÒ, *Le «pluri-responsabilità» connesse e collegate*, cit.; e, per una trattazione organica, S. FRANCA, *Responsabilità e «mala gestio» nelle società a partecipazione pubblica*, cit.

³⁸ Sulla riconduzione dell'*in house* al principio di auto-organizzazione amministrativa e sul superamento della sua qualificazione quale eccezione di stretta interpretazione, si v. l'art. 7 del d.lgs. n. 36 del 2023 e, in dottrina, S. RICETTO, *Affidamenti in-house e controllo analogo congiunto*, cit.; B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit.; F. FIGORILLI, *L'in house providing fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione*, cit.

³⁹ La lettura dell'art. 16 t.u.s.p. quale norma di conformazione, e non di soppressione, delle categorie societarie è coerente con l'impostazione di G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare*

l'influenza determinante sulle scelte che definiscono l'indirizzo dell'organismo. Quando, invece, il medesimo strumento viene utilizzato per trasferire stabilmente al socio la determinazione concreta di atti meramente attuativi, il problema non è più soltanto quello dell'intensità del controllo, ma quello della diversa imputazione sostanziale della decisione. In questa prospettiva, la categoria della significatività assume una funzione ordinante: non descrive una classe chiusa di atti, ma impone di verificare se la decisione sia idonea a incidere sull'indirizzo complessivo, sugli equilibri economico-finanziari, sull'organizzazione essenziale o sul rapporto con il servizio affidato. Proprio perché elastico, tale criterio richiede che statuti e regolamenti non si limitino a riprodurre formule generali, ma individuino procedure capaci di motivare l'attrazione di una determinata operazione nel perimetro del controllo preventivo.

6. Considerazioni conclusive: effettività del controllo e autonomia della gestione alla ricerca di un punto di equilibrio.

L'indagine sin qui condotta consente di formulare una conclusione che, per certi versi, rovescia i termini nei quali il problema viene abitualmente impostato. Il controllo analogo non deve essere difeso dall'autonomia societaria né l'autonomia societaria deve essere difesa dal controllo analogo. Entrambi costituiscono elementi del medesimo modello organizzativo: il primo assicura che l'affidamento diretto rimanga interno alla sfera pubblica in senso funzionale; la seconda rende possibile una gestione imputabile a un organo responsabile, capace di attuare gli obiettivi con strumenti propri e di rispondere dei risultati.

La giurisprudenza più recente offre a questa lettura significativi elementi di conferma. Se, per un verso, le Sezioni Unite del 2024 escludono il carattere gerarchico e assoluto del controllo, riferendolo alle decisioni fondamentali, alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, per altro verso i successivi arresti della Cassazione e del Consiglio di Stato confermano che il controllo congiunto deve essere effettivo e che gli enti, anche di minoranza, devono poter incidere sugli atti fondamentali e sulle decisioni significative⁴⁰. Non vi è, dunque, una contrapposizione fra controllo intenso e autonomia, ma una necessaria differenziazione delle funzioni.

Da questa differenziazione discende la valutazione dei pareri preventivi vincolanti. Essi non sono incompatibili in quanto tali con l'*in house*: possono costituire uno strumento appropriato quando hanno ad oggetto piani, operazioni straordinarie, scelte organizzative strutturali o altre decisioni realmente significative. Divengono problematici quando si estendono serialmente agli atti di attuazione e determinano il contenuto concreto della scelta amministrativa o imprenditoriale. In quel momento il controllo non scompare, ma cambia natura: il socio non si limita più a controllare la gestione e comincia a parteciparvi.

La nozione di cogestione proposta in queste pagine ha, pertanto, una funzione descrittiva. Non introduce una nuova fattispecie di responsabilità e non consente automatismi. Serve a identificare un fenomeno organizzativo che può produrre conseguenze diverse a seconda delle regole applicabili. Sul piano civilistico, può concorrere a integrare un'attività di direzione e coordinamento e, se abusiva, la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*; sul piano contabile, può rendere causalmente rilevante la condotta del

vigilanza e tutela amministrativa, cit.; M. ANTONIOLI, *L'in house providing tra funzione e struttura*, cit.; E. CODAZZI, *La società in house*, cit.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2025, n. 416, cit.; Cass., Sez. Un., ord. 8 gennaio 2024, n. 567, cit.; Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18623, cit.

socio o del componente del comitato, ma solo in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 12 t.u.s.p. e dalla legge n. 20 del 1994; sul piano societario, può incidere sulla chiarezza della responsabilità degli amministratori⁴¹.

La riforma del 2026 rende particolarmente evidente l'esigenza di evitare formule automatiche. La responsabilità erariale deve essere ricostruita a partire dalla condotta individuale, dalla violazione rilevante, dal nesso causale, dall'elemento soggettivo e dal danno. Un regolamento eccessivamente invasivo può essere corretto sul piano organizzativo anche quando non sia possibile imputare un danno a un singolo componente. Al contrario, un parere vincolante puntuale, consapevolmente determinante per una scelta lesiva, può assumere rilievo causale anche se inserito in un sistema di controllo formalmente corretto.

Nei servizi pubblici a rete, la ricerca del punto di equilibrio richiede inoltre di distinguere il controllo sulla società dal governo del servizio. Il socio controlla l'organismo affidatario; l'ente d'ambito e il regolatore esercitano le competenze amministrative e regolatorie loro attribuite. La sovrapposizione non rafforza necessariamente la tutela dell'interesse pubblico: può generare duplicazioni, conflitti di indirizzo e deresponsabilizzazione. Anche per questa ragione, la revisione degli assetti di controllo dovrebbe essere accompagnata da una mappatura delle competenze esterne alla società.

Sul piano operativo, la soluzione più coerente sembra consistere nel concentrare i poteri vincolanti del socio sulle decisioni di indirizzo e di assetto, rafforzando parallelamente programmazione, obblighi informativi, indicatori di risultato, controlli concomitanti e verifiche *ex post*. In tal modo l'ente conserva una capacità reale di orientare e correggere l'attività della società, mentre l'organo amministrativo mantiene uno spazio riconoscibile di responsabilità gestoria. Il controllo diventa più selettivo ma non meno intenso; anzi, proprio perché concentrato sulle decisioni che contano, può risultare più efficace.

In definitiva, l'intensità del controllo analogo non si misura nel numero degli atti sottoposti al socio. Si misura nella capacità dell'ente pubblico di determinare gli obiettivi, incidere sulle decisioni significative, conoscere tempestivamente gli scostamenti e imporre le necessarie correzioni, senza trasformarsi nel decisore quotidiano della società. È in questa combinazione di influenza determinante e responsabilità gestoria che il modello dell'*in house* può conservare la propria coerenza: abbastanza vicino all'amministrazione da giustificare l'affidamento diretto, ma abbastanza distinto da rendere effettiva, e non soltanto formale, l'imputazione delle decisioni e delle relative responsabilità.

⁴¹ Per la ricostruzione dei tre piani si rinvia a quanto osservato *supra*, §§ 3 e 4.